

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Aspects du dommage réparable et des dommages et intérêts

FORIERS, Paul-Alain; De Duve, Eléonore

Published in:

Les obligations contractuelles

Publication date:

2016

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

FORIERS, P-A & De Duve, E 2016, Aspects du dommage réparable et des dommages et intérêts. Dans *Les obligations contractuelles*. Collection de la conférence du jeune barreau de Bruxelles, Larcier , Bruxelles, p. 321-364.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

7. ASPECTS DU DOMMAGE RÉPARABLE ET DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS

Paul Alain FORIERS

Avocat à la Cour de cassation,

Professeur ordinaire à l'Université Libre de Bruxelles

et

Éléonore DE DUVE

Avocate au barreau de Bruxelles,

Assistante à l'Université Libre de Bruxelles,

Collaboratrice didactique à l'UNamur

Introduction	322
SECTION 1	
Le dommage réparable	322
SECTION 2	
La réparation du dommage	344
Conclusions	364

Introduction

1. Des trois conditions de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle, le dommage paraît sans doute, de prime abord, le plus aisé à appréhender en raison de son caractère tangible.

Si la Cour de cassation considère que l'existence d'un dommage et son étendue sont, en règle, laissées à l'appréciation du juge du fond, le dommage réparable n'en demeure pas moins une notion légale.

La Cour considère ainsi qu'elle vérifie (mais uniquement) « [...] si le juge, des faits et des circonstances constatées par lui, ne déduit pas des conséquences qui seraient sans lien avec eux ou qui ne peuvent être justifiées sur leur fondement », et s'il ne viole pas « [...] la notion de dommage »¹. La Cour veille de même au respect des principes qui gouvernent la réparation du dommage.

2. La présente contribution offre un panorama des questions inédites ou récurrentes qui résultent de la jurisprudence récente de la Cour de cassation. Suivant un canevas classique, nous examinerons dans un premier temps la notion de dommage réparable (Section 1) avant d'aborder les principes relatifs à la réparation de ce dommage (Section 2).

Par leur objet, les propos qui suivent dépassent le domaine contractuel. On sait, en effet, que les principes de la responsabilité contractuelle coïncident très largement avec ceux de la responsabilité extracontractuelle.

Section 1. Le dommage réparable

3. Pour être réparé, le dommage doit logiquement être « réparable ». De façon constante, la Cour de cassation définit le dommage réparable comme celui qui « [...] consiste dans l'atteinte à un intérêt ou dans la perte d'un avantage quelconque, pour autant que celui-ci soit stable et légitime »². Le dommage doit, par ailleurs, être certain et personnel.

1. Cass., 19 juin 2007, *Pas.*, 2007, n° 337 qui applique les mêmes principes à la faute et au lien de causalité ; le titre du sommaire de cet arrêt à la *Pasicrisie* souligne le caractère « marginal » du contrôle exercé par la Cour, rappelé récemment dans Cass., (aud. plén.), 14 novembre 2014, *Pas.*, 2014, n° 694, dont question *infra* dans cette contribution à propos de l'action en vie domageable, voy. nos 26 et s.

2. Voy. P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge – Les obligations*, t. II, vol. 2, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 1542-1543 et les références qu'il cite.

Au-delà de cette définition juridique, le préjudice³ est polymorphe et ce, dans les deux ordres de responsabilité. Il prend l'apparence de l'atteinte à la personne de la victime ou à l'un de ses biens. Il peut couvrir une perte de profits ou de revenus. Il peut être matériel ou moral. Il peut être « direct » ou « indirect » pour autant qu'il soit en relation causale certaine avec la faute. Il peut même prendre la forme d'un préjudice par répercussion.

4. Sur la base des arrêts récemment rendus par la Cour de cassation, quatre thématiques sont épinglées : celles de la légitimité du dommage (§ 1), de la perte d'une chance (§ 2), du dommage des employeurs publics ou privés (§ 3) et, enfin, de l'action en vie dommageable (§ 4). Aussi divers soient ces sujets, tous posent la même question, dont l'utilité pratique n'est pas à démontrer : le mal dont se plaint le demandeur peut-il être réparé ?

§1. La lésion d'un intérêt légitime⁴

5. Si la définition du dommage réparable ne prête guère à controverse, il en est autrement de l'une de ses conditions, à savoir la légitimité de l'intérêt lésé. Deux questions se posent à cet égard. D'abord, celle du fondement de cette exigence : s'agit-il d'une condition de recevabilité de l'action ou d'une condition de fond ? Ensuite, celle du contenu de la notion de légitimité : comment, en d'autres termes, caractériser l'intérêt illégitime ? On le verra, c'est ce dernier point qui est le plus délicat.

I. Condition de recevabilité versus condition de fond

6. Tant les juridictions de fond que la Cour de cassation sont hésitantes quant au fondement de l'exigence d'un intérêt légitime.

Dans un arrêt du 27 juin 2013, la Cour de cassation considérait à cet égard : « [e]n vertu de l'article 17 du Code judiciaire, l'action ne peut être admise si le demandeur n'a pas intérêt pour la former.

En matière de responsabilité extracontractuelle, la lésion d'un intérêt ne peut donner ouverture à une action en réparation qu'à la condition qu'il s'agisse d'un intérêt légitime »⁵.

3. Le mot « dommage » est utilisé pour faire référence à la notion *juridique* ; le vocable « préjudice » est préféré ci et là dans cette contribution lorsque le *fait* de l'atteinte dommageable est visé.

4. Cons. P. A. FORIERS, « Aspects du dommage et du lien de causalité (Parcours dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation) », in *Droit des obligations. Notions et mécanismes en matière de responsabilité*, UB³, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 32 et s.

5. Cass., 27 juin 2013, *Pas.*, 2013, n° 402 ; voy. antérieurement dans le même sens Cass., 6 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 351.

Un arrêt du 14 décembre 2012 rendu cette fois en matière contractuelle énonce : « [e]n vertu de l'article 17 du Code judiciaire, l'action ne peut être admise si le demandeur n'a pas un intérêt légitime pour la former.

L'intérêt est illégitime lorsque l'action en justice tend au maintien d'une situation illicite ou à l'obtention d'un avantage illicite.

Il ressort des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil qu'une convention qui a une cause illicite dès lors qu'elle est interdite par la loi ou qu'elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, ne peut sortir d'effets.

Il suit de ces dispositions qu'une action en justice qui tend à l'exécution d'une telle convention ou à l'indemnisation du dommage du fait de sa résiliation, est irrecevable »⁶.

Ce dernier arrêt met en lumière l'ambiguïté de l'exigence d'un intérêt légitime. Certes, dira-t-on, cet arrêt ne fait qu'appliquer la règle traditionnelle *Nemo auditur suam turpitudinem allegans*⁷ mais, appliquée à un contrat dont la cause ou l'objet est illicite, cette règle ne signifie rien d'autre qu'entaché de nullité absolue, ce contrat ne peut – pour ce motif – recevoir aucune exécution. Envisagée sous cet angle, la fin de non recevoir touche au fond.

Aussi n'est-il pas étonnant que d'autres arrêts de la Cour de cassation abordent la question sous cet angle⁸.

Tel est notamment le cas de l'arrêt rendu par la Cour le 4 novembre 2011⁹ qui avait trait à la réparation du dommage subi par les exploitants d'une carrière, dont l'exploitation avait été interrompue en raison de décisions illégales de la Ville de Bastogne censurées par le Conseil d'État. La cour d'appel de Bruxelles statuant comme juridiction de renvoi après une première cassation, avait, tout en admettant la recevabilité de la demande, rejeté celle-ci au motif qu'elle n'aurait pas tendu à la réparation d'un intérêt légitime, cette carrière ne disposant pas de permis de bâtir même si elle était titulaire de toutes les autres autorisations nécessaires. Cette décision sera cassée.

6. Cass., 14 décembre 2012, *Pas.*, 2012, n° 691.

7. Sur cette règle qui, suivant la Cour de cassation (voy. Cass., 2 décembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 646), ne constitue pas un principe général du droit, vraisemblablement parce qu'elle est contenue soit dans l'article 17 du Code judiciaire si on lui confère une portée large, soit dans les articles 1131 et 1133 du Code civil, si on lui confère la portée restrictive comme on l'admet généralement en Belgique, cons. P. WÉRY, *Droit des Obligations*, I, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 308, n° 316 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge – Les obligations*, t. II, vol. 1, *op. cit.*, p. 381, n° 231.

8. Cass., 4 novembre 2011, *J.T.*, 2012, p. 530 et les concl. de M. l'avocat général GENICOT (extraits).

9. *Ibid.*

Nous y reviendrons car elle constitue un tournant dans la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la notion d'intérêt légitime. Nous nous bornerons à relever ici que dans ses conclusions avant cet arrêt, l'avocat général Genicot ne voyait aucune incohérence à admettre la recevabilité d'une demande en réparation pour la rejeter ensuite au fond au motif qu'elle aurait tendu à la réparation de la lésion d'un intérêt ou de la privation d'un avantage illégitime. « La prétention à la titularité d'un droit subjectif suffit à donner qualité et intérêt pour agir en justice », écrivait-il. « L'examen de ce droit auquel donne lieu sa constatation relève du fondement de la demande et non de sa recevabilité. Les juges d'appel ont légalement pu considérer sans se contredire que la condition de la prétention à la titularité d'un droit subjectif était remplie par le constat d'une demande de réparation d'un préjudice matériel lié à une exploitation même prétendument illégale, tout en décidant dans le cadre de l'examen au fond de ce droit contesté qu'il ne consistait ni en la lésion d'un intérêt ni en la privation d'un avantage légitime »¹⁰.

7. Le raisonnement est impeccable. La jurisprudence de la Cour est en effet fixée en ce sens que « [l]a partie au procès qui se prétend titulaire d'un droit subjectif dispose, ce droit fût-il contesté, de l'intérêt requis pour que son action puisse être déclarée recevable ». La discussion de l'existence ou de l'étendue de ce droit relevant « [...] non de la recevabilité mais du fondement de la demande »¹¹.

Sous réserve, peut-être, du cas où le caractère illégitime de l'avantage ou de l'intérêt dont se prévaut le demandeur apparaît du libellé même de la demande, l'appréciation de la légitimité devrait relever du fond. Rien n'empêche donc, sous cet angle, qu'un intérêt qui apparaît de prime abord légitime s'avère illicite au stade de la discussion au fond.

Il reste que la nuance est mince et que la jurisprudence ne semble pas la faire. On peut donc avoir le sentiment d'un certain désordre.

La raison de ce dernier est à trouver dans le fait que l'exigence d'un intérêt légitime à agir ne résulte pas expressément des articles 17 et 18 du Code judiciaire et que la question de savoir si cette exigence touche à la recevabilité ou au fond fait l'objet d'une controverse classique¹².

8. Comme souvent en droit, les raisonnements techniques sont insuffisants pour trancher la question et aboutir à la solution. Et ce sont d'autres impératifs qui doivent y amener, qu'il s'agisse de considérations d'équité ou de politique judiciaire, de cohérence ou d'efficacité du système ou encore de

10. Cass., 4 novembre 2011, précité.

11. Cass., 23 février 2012, *Pas.*, 2012, n° 130 ; Cass., 16 novembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 558.

12. G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2012, n°s 62 et 63 et réf.

considérations sociales, philosophiques, éthiques ou politiques au sens élevé du terme.

Envisager la légitimité de l'intérêt comme condition de recevabilité présente l'avantage de la généralité comme le souligne R. Jafferali dans l'intéressante étude qu'il a publiée au *Journal des Tribunaux* de 2012. Il est, en effet, loin d'être sûr que cette exigence puisse toujours être appréhendée aussi aisément sur le plan du fond lorsque l'on sort du domaine des actes juridiques dont l'objet ou la cause seraient illicites ou des demandes touchant à la réparation de conséquences de l'atteinte à un intérêt illégitime¹³. Mais la technique du droit est pleine de ressources et le renvoi de la question au fond ne signifie pas nécessairement que le juge sera privé de la possibilité de rejeter une demande qui tend à une fin illicite. Il suffira sans doute de constater que le demandeur ne dispose pas du droit dont il se prévaut en raison de l'illicéité qui l'affecte ou que sa demande procède d'un abus de droit.

Quoiqu'il en soit, pour le praticien, le problème n'en est en réalité pas un. Prudemment, la légitimité de l'intérêt – ou plutôt son illégitimité – sera invoquée tant au stade de la recevabilité, à titre principal, qu'au fond, à titre subsidiaire.

II. La notion de légitimité

9. Savoir à quelles conditions l'intérêt doit être considéré comme illégitime intéressera davantage le praticien.

Ici encore l'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation laisse perplexe. Comme le relevait R. Jafferali dans son étude précitée, sur les treize arrêts qu'il avait recensés en 2012, « [...] six d'entre eux paraissent préconiser une conception restrictive de la condition de légitimité tandis que six autres semblent plutôt s'inscrire dans une tendance extensive sans que les motifs de cette différence d'appréciation n'apparaissent au premier coup d'œil »¹⁴.

13. R. JAFFERALI, « L'intérêt légitime à agir en réparation. Une exigence ... illégitime », *J.T.*, 2012, p. 253, voy. spéc. n° 45, p. 264. Dans cette étude, R. JAFFERALI défendait l'idée que l'irrecevabilité devrait être réduite à la seule hypothèse où l'objet de la demande tendrait au maintien d'une situation illicite étant entendu qu'en matière de responsabilité civile, cette situation ne serait, en principe, jamais rencontrée si le demandeur se limite à réclamer des dommages-intérêts et non la réparation en nature. Une fois la barrière de la légitimité de l'intérêt franchie, la légitimité du dommage ne devrait plus être invoquée et ce serait, le cas échéant, par d'autres voies que la demande devrait être rejetée (par exemple, le principe *Fraus omnia corrumpit*, la théorie de l'abus de droit, ou encore, notamment, le partage de responsabilité).

14. *Ibid.*, n° 16, p. 256.

Rappelons tout d'abord deux arrêts de la Cour, le premier du 14 mai 2003¹⁵ et le second du 2 mars 2006¹⁶, dont la confrontation laisse un sentiment d'incohérence.

Le premier avait trait à une demande en réparation du dommage subi par un ouvrier à la suite d'un accident de la circulation, qui avait été repoussée dans la mesure où elle portait sur une perte de rémunération non déclarée. La Cour de cassation rejeta le moyen dirigé contre la décision au motif que « [...] la perception de rémunérations provenant d'un travail au noir, constitue, en règle, un avantage illicite dont la perte ne peut donner lieu à réparation ».

Dans le second, la Cour cassait en revanche un arrêt de la cour d'appel d'Anvers qui avait déclaré irrecevable une demande de paiement d'un solde de travaux n'ayant pas fait l'objet d'une facture soumise à la TVA. L'arrêt du 2 mars 2006 énonce à cet égard que « [c]elui qui ne poursuit que le maintien d'une situation contraire à l'ordre public ou un avantage illicite n'a pas un intérêt légitime » mais que, en constatant que la demande du demandeur « [...] tend à l'exécution des obligations contractuelles (des défendeurs) de payer le solde du prix de l'entreprise en contrepartie des travaux de rénovation exécutés entre-temps par la s.p.r.l. AA Renovatiewerken et en ne constatant donc pas que cette demande tend uniquement au maintien d'une situation ou d'un avantage illicite, les juges d'appel n'ont pas justifié légalement leur décision et ont violé l'article 17 du Code judiciaire ».

Certes cette différence de perception peut trouver une explication dans les particularités de chacune des espèces. L'arrêt du 2 mars 2006 concernait une simple fraude fiscale en matière de TVA, le contrat lui-même étant parfaitement licite. L'arrêt du 14 mai 2003 ne se limitait pas à une simple fraude fiscale, le travail au noir en tant que tel heurtant certaines dispositions d'ordre public de droit social¹⁷. Il reste que le justiciable est en droit d'être perplexe.

10. L'incohérence apparente fait place à la contradiction lorsqu'est analysée la jurisprudence de la Cour concernant les dégâts aux biens immobiliers.

Ainsi, par un arrêt du 3 octobre 1997, la Cour rejetait un pourvoi formé par la propriétaire de bassins et d'étangs, pollués par une rivière, au motif que l'eau alimentant ses installations avait été captée irrégulièrement¹⁸. Dans le même sens, l'arrêt déjà cité du 27 juin 2013 rejette le pourvoi formé contre une décision qui avait déclaré irrecevable la demande d'indemnisation de dégâts à une piscine irrégulièrement construite¹⁹.

15. Cass., 14 mai 2003, *Pas.*, 2003, n° 294 et les concl. du Président J. SPREUTELS, alors avocat général.

16. Cass., 2 mars 2006, *Pas.*, 2006, n° 120.

17. J. KIRKPATRICK, note sous Cass., 14 mai 2003, *R.C.J.B.*, 2004, n° 18, p. 160.

18. Cass., 3 octobre 1997, *Pas.*, 1997, n° 387.

19. *Pas.*, 2013, n° 402.

En revanche, un arrêt du 2 avril 1998 casse une décision qui avait déclaré irrecevable une demande en réparation de dégâts subis par une caravane installée sans permis de bâtir au motif que l'arrêt attaqué « [...] ne constate pas que la demande tendant à la réparation du dommage vise uniquement le maintien illicite d'une installation fixe »²⁰. Dans un sens comparable, un arrêt du 8 novembre 2001 décide « [...] que la demande qui tend à obtenir le remboursement des frais de travaux requérant la délivrance d'un permis mais exécutés sans permis » ne vise pas à maintenir une situation illégale²¹. De même, le propriétaire d'un immeuble irrégulièrement édifié pourrait-il agir contre son assureur pour réclamer l'indemnisation d'un sinistre pour autant que le juge de fond ne constate pas que l'objet de la police a pour effet de créer ou de maintenir une situation illicite²².

11. R. Jafferali avait à l'époque tenté de rechercher une explication à cette jurisprudence hésitante en envisageant la question sous divers angles (appréciation souveraine du juge de fond, distinction entre recevabilité et fondement, nature du dommage et même « clivage linguistique » mais aucune de ses explications n'était, pour lui, totalement satisfaisante).

Comme souvent lorsque la jurisprudence de la Cour manque l'unité recherchée, c'est qu'elle est confrontée à des impératifs qu'elle voudrait concilier : il s'agit ici, d'une part, de l'ordre public et, d'autre part, de l'équité et des réalités économiques.

Bien évidemment, le premier ne pourrait pas s'effacer devant les secondes. La raison implique néanmoins que celles-ci ne soient pas complètement annihilées par celui-là.

La multiplication des réglementations d'ordre public fait ainsi, par exemple, qu'il est exceptionnel qu'une entreprise d'une certaine importance dispose, à tout moment, dans chacune de ses implantations en Belgique ou à l'étranger des permis, agréments et autorisations nécessaires et respecte, à tout moment, toutes les dispositions légales décrétales et réglementaires qui lui sont applicables. L'administration en est d'ailleurs bien consciente puisque, dans une série de domaines, elle admet aisément des régularisations. Décider par conséquent qu'une entreprise ne pourrait pas agir en réparation du dommage résultant d'une exploitation ne disposant pas, ou plus, de l'une des multiples autorisations requises serait excessif, inéquitable, et risquerait au surplus, si l'on poussait le raisonnement à l'extrême, de conduire à des conséquences économiques insoupçonnées, car les entreprises se trouvant dans cette situation pourraient, en pratique, être, de manière générale, privées du droit d'agir en justice.

20. Cass., 2 avril 1998, *Pas.*, 1998, n° 188.

21. Cass., 8 novembre 2001, *Pas.*, 2001, n° 606.

22. Cass., 8 avril 1999, *Pas.*, 1999, n° 199 ; Cass., 19 mai 2005, *Pas.*, 2005, n° 284.

De même, il n'est pas rare que le propriétaire d'un bien en infraction urbanistique l'ait acquis de bonne foi et n'ait pas eu, avant le litige, conscience de l'irrégularité.

Sans même avoir égard à la protection internationale du droit de propriété assurée par l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui incite à une appréciation nuancée²³, l'on ressent un certain embarras à priver ce propriétaire de tout droit à indemnisation d'un préjudice causé à cet immeuble, spécialement si la situation est régularisable et donc l'immeuble susceptible d'être maintenu.

La question est de savoir jusqu'où aller pour débouter le demandeur d'une indemnisation.

12. L'arrêt précité du 4 novembre 2011 trace une première limite. Celui-ci concernait, on s'en souviendra, une carrière, ne disposant pas de permis de bâtir, qui avait introduit une demande tendant à obtenir réparation du dommage résultant de l'arrêt de ses activités à la suite d'arrêtés illégaux pris par la Ville de Bastogne pour interdire les tirs de mines. Contrairement à ce que certains arrêts précédents pouvaient laisser entendre²⁴, il considère que « [l]e seul fait pour le demandeur à une action en responsabilité de se trouver dans une situation illicite n'implique pas nécessairement qu'il ne puisse se prévaloir de la lésion d'un intérêt ou de la privation d'un avantage légitime ». Il casse dès lors l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles qui avait déduit le caractère illégitime du dommage allégué de l'absence de permis de bâtir.

Cet arrêt, rendu sur conclusions contraires du ministère public et non publié à la *Pasicrisie*, pouvait toutefois s'expliquer par les particularités de l'espèce. La situation irrégulière de l'exploitant résultait en effet d'un décret de 1988 que le législateur wallon de 1993 avait dû corriger car il « [...] plongeait le secteur dans la difficulté [...] la plupart des exploitants n'[étant] pas en règle de permis de bâtir »²⁵. À la suite de ce nouveau décret, la situation avait pu être régularisée (mais pour l'avenir seulement).

Le rejet de la demande d'indemnisation était donc particulièrement heurtant.

La formule de l'arrêt du 4 novembre 2011 sera toutefois reprise, à peu de chose près, par l'arrêt rendu par la Cour le 28 novembre 2013²⁶.

23. Cons. sur ce point R. JAFFERALI, « L'intérêt légitime à agir en réparation. Une exigence ... illégitime », *op. cit.*, pp. 259 et 260, n^{os} 26 à 28.

24. Cass., 3 octobre 1997, *Pas.*, 1997, n^o 387 ; Cass., 18 juin 1998, *Pas.*, 1998, n^o 323.

25. Citation par l'arrêt de cassation de l'arrêt de la cour de Bruxelles, laquelle se référait elle-même aux travaux préparatoires du décret de 1993.

26. Cass., 28 novembre 2013, *Pas.*, 2013, n^o 645.

Dans cette espèce, la demande tendait au paiement de factures relatives à des travaux de démolition effectués pour des raisons de sécurité, en cours de chantier, par un entrepreneur chargé de travaux relatifs à une habitation. Les travaux de démolition ayant été réalisés sans permis d'urbanisme, la cour d'appel d'Anvers avait déclaré la demande irrecevable à défaut d'intérêt légitime.

Cette décision sera cassée.

La Cour de cassation rappelle tout d'abord que :

« La violation d'un intérêt ne peut donner lieu à une action que si l'intérêt est légitime.

Celui qui poursuit le maintien d'une situation contraire à l'ordre public ou l'obtention d'un avantage illicite, n'a pas d'intérêt légitime.

La circonstance que la demanderesse se trouve dans une situation illicite n'exclut pas qu'elle puisse invoquer la violation d'un intérêt légitime ».

Elle poursuit en relevant que :

« Les juges d'appel, qui ont considéré que la demanderesse a commis une infraction en matière de construction en réalisant les travaux de démolition et que le fait que ces travaux de démolition ont été exécutés pour le compte des défendeurs n'y change rien, et qui ont décidé que 'la demande de la demanderesse en paiement de sa facture est irrecevable dès lors qu'une indemnité ne peut être accordée pour l'avantage illégal qu'elle a obtenu pour les travaux exécutés sans les permis requis', ont violé l'article 17 du Code judiciaire ».

13. Une espèce opposant le CPAS de Thuin à son ancien secrétaire temporaire à temps partiel dont l'engagement avait été rompu illégalement donnera à la Cour l'occasion de préciser sa jurisprudence en mettant l'accent sur un autre aspect.

Le demandeur en cassation avait été désigné par le CPAS de Thuin en qualité de secrétaire temporaire à temps partiel jusqu'à la reprise des activités du secrétaire en titre. Six mois après, le CPAS acceptait la mise à la retraite de ce dernier au 1^{er} janvier 1991. Le 3 janvier 1991, le CPAS avait cependant retiré cette dernière décision en postposant la mise à la retraite du secrétaire en titre et en mettant fin à l'engagement du secrétaire temporaire. Cette décision fut annulée par le Conseil d'État, ce qui amena le secrétaire temporaire évincé à agir en dommages-intérêts.

La cour d'appel de Mons avait rejeté cette demande au motif que l'engagement du secrétaire temporaire était intervenu en violation du principe d'égal accès aux emplois publics à défaut d'appel de candidatures. Elle avait en effet

considéré qu'ayant été recruté illégalement, le demandeur en réparation se prévalait de la perte d'un avantage illicite.

Se référant dans ses conclusions à l'étude de R. Jafferli, l'avocat général Genicot reconnaissait la difficulté à trouver la cohérence dans la jurisprudence de la Cour.

« Cette diversité de solutions », écrivait-il, « ne traduit-elle pas en elle-même un frémissement rebelle aux effets d'une conception trop élargie de la condition de légitimité de l'intérêt à agir qui, en limitant l'exercice, tend à 'laisser les coquins se débrouiller entre eux' avec certains effets secondaires néfastes non négligeables que dénonce la doctrine ».

Reprenant un passage des conclusions du président Spreutels, alors avocat général, avant l'arrêt du 14 mai 2003, il soulignait que celui-ci paraissait « [...] mettre l'accent sur le comportement de la victime et sa propension alors à avoir adopté une attitude présentant un lien avec l'illicéité de la situation ».

M. Genicot soulignait que la même tendance se dégageait des arrêts des 4 novembre 2011 et 28 novembre 2013.

« Quels critères retenir ? », poursuivait-il :

- L'objet de la demande consiste-t-il à maintenir une situation illicite ?
- L'intensité du lien entre le dommage réclamé et l'illicéité est-elle ou non avérée ?
- Une demande tendant à une réparation par équivalent peut-elle être reconnue en soi comme illégitime « [...] car on ne peut considérer que l'objet de la demande – à savoir l'octroi d'une somme d'argent – vise en soi le maintien d'une situation illicite, compte tenu notamment du principe de libre disposition de l'indemnité »²⁷.

« Mais en toile de fond de ces critères me paraît se dégager des deux dernières décisions précitées celui tenant à l'examen du degré de perception par le demandeur de l'illicéité de la situation dans laquelle il se trouve confronté et du relatif 'estompement de la norme' dans lequel il a pu céder, en raison de circonstances pouvant tenir, comme apparemment dans l'arrêt du 4 novembre 2011, aux conséquences sociales désastreuses d'une application trop stricte de la condition de légitimité de l'intérêt, confrontée à une inflation de dispositions législatives et réglementaires peu suivies ou encore à une certaine tolérance de la part des autorités publiques concernées.

27. Citation R. JAFFERLI, « L'intérêt légitime à agir en réparation. Une exigence ... illégitime », *op. cit.*, p. 264, n° 44.

Pareil critère demeure encore fort vague et d'ailleurs difficile en soi à cerner mais sa détermination semble désormais conditionnée par l'examen de l'attitude même du demandeur au regard de l'ensemble contextuel des circonstances qui ont généré la situation illicite et conditionné l'éventuelle 'excusabilité' de son comportement ».

Or, en l'espèce, le demandeur en réparation était étranger à l'illégalité et la demande était précisément dirigée contre l'auteur de cette dernière. Il paraissait donc injuste de le pénaliser alors qu'on ne pouvait lui adresser aucun reproche.

La Cour de cassation consacrera cette analyse par un arrêt du 16 juin 2014²⁸.

Elle cassera en effet l'arrêt attaqué aux motifs que :

« Le seul fait pour le demandeur en réparation de se trouver dans une situation illicite n'implique pas nécessairement qu'il ne puisse se prévaloir de la lésion d'un intérêt ou de la privation d'un avantage légitime.

Statuant sur le dommage, l'arrêt, qui considère qu'il n'y a pas lieu à réparation, d'une part, du dommage résultant de la perte de rémunérations d'un emploi public obtenu illégalement, d'autre part, du dommage moral et de l'indemnisation des frais de la défense qui y sont intimement liés, sans constater que le demandeur ait commis une faute à l'origine de l'illégalité dans l'obtention de cet emploi, viole les articles 1382 et 1383 du Code civil ».

Le critère, dira-t-on, est imparfait parce que la faute de la victime n'est susceptible, en principe, que de conduire à un partage de responsabilités. Mais ce n'est pas la faute de la victime qui justifie le rejet de la demande. C'est le caractère illégitime de l'intérêt sur lequel elle repose. La faute de la victime n'apparaît ainsi que comme un élément d'imputabilité qui est introduit comme composante de l'intérêt ou de l'avantage illégitime.

Sans doute, le critère de la faute ne constitue-t-il pas la panacée en sorte que la Cour aura encore à réfléchir à d'autres tempéraments. Mais priver de réparation la victime qui, par hypothèse, ne pourrait se voir imputer aucune faute au motif qu'elle serait dans une situation illicite apparaît excessif.

Certes, le rejet de la demande fondé sur l'illégitimité de l'intérêt prend ainsi l'allure d'une sorte de sanction d'un comportement qui amène dans une certaine mesure à un jugement moral. Ceci dit, lorsque l'ordre public est un jeu, notre droit n'est pas imperméable à ce type de pénalité civile. Dans l'application de l'adage *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*, le juge peut

28. Cass., 16 juin 2014, *Pas.*, 2014, n° 429.

tenir compte de la nature de la norme violée mais aussi du degré d'implication, de « turpitude », de chacune des parties²⁹. Sous cet angle, également, une dimension morale doit être prise en compte. Rappelons, d'ailleurs que le Code civil invite à cet examen en matière des jeux et paris illicites. En effet si « [e]n aucun cas, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé », il est fait exception à ce principe s'il y a « [...] eu de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie ». L'article 1967 du Code civil sanctionne ainsi la malhonnêteté, la fraude même au profit d'une partie qui a conclu une convention dont l'objet est illicite.

Une solution techniquement parfaite sera peut-être difficile à dégager mais le droit n'est pas un art en soi déconnecté des réalités. Il doit aboutir à des solutions équilibrées, praticables et raisonnables. Il ne peut conduire à des solutions qui, sous prétexte de perfection technique, heurteraient gravement l'équité. Il n'interdit donc pas l'existence de normes qui offrent au juge une certaine souplesse pour autant que son pouvoir d'appréciation soit encadré de manière suffisamment précise.

On ne peut en tous les cas que se réjouir de ce que les arrêts des 4 novembre 2011, 28 novembre 2013 et 16 juin 2014 aient tenté de mettre un peu d'ordre dans cette question délicate.

§2. Le caractère certain du dommage : la perte d'une chance

14. Suivant le fil de la jurisprudence tant de la Cour de cassation que des juridictions du fond, la saga de la perte d'une chance mérite, elle aussi, une attention particulière.

Notons d'emblée que le sujet se situe aux confins du dommage et du lien causal³⁰.

15. Comme tout dommage, la perte d'une chance doit, pour être réparable, être « certaine ». Elle ne peut se réduire à de simples conjectures³¹.

A priori, la perte d'une chance peut s'envisager sous deux angles. La perte de la chance de réaliser un gain (perte d'une chance « positive ») ou la perte de la chance d'éviter un dommage qui s'est réalisé (perte d'une chance « négative »).

29. Cass., 24 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 101 ; P. WÉRY, *Droit des Obligations*, I, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd, *op. cit.*, n° 349.

30. P. A. FORIERS, « Aspects du dommage et du lien de causalité (Parcours dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation) », *op. cit.*, p. 24, n°s 21 et s.

31. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, Le fait générateur et le lien causal, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 369.

La perte d'une chance d'obtenir un gain ne semble pas évanouir. On admet qu'elle constitue, *per se*, toujours un dommage réel. Le cas classique est celui du propriétaire d'un cheval, arrivé en retard au départ d'une course en raison de la faute du transporteur : si la perte de la chance « positive » de gagner la course est effectivement en relation causale avec la faute du responsable, on permet à la victime d'en être indemnisée, au prorata de l'occasion perdue.

La perte d'une chance d'éviter un mal qui s'est matérialisé continue, en revanche, à être source de controverses. Dans tel cas en effet, la perte de chance négative apparaît dans toute sa nudité comme un subterfuge ayant pour seul but de remédier à l'impossibilité d'établir un lien causal certain entre la faute et le dommage réellement subi. Les exemples sont légion dans le domaine de la responsabilité médicale. Confrontés aux aléas de la médecine, les plaideurs sont tentés de soutenir qu'un malade a perdu une chance d'éviter la mort ou d'irréversibles séquelles, à défaut de pouvoir établir avec certitude que la faute du médecin a entraîné la mort ou les séquelles de son patient³². C'est alors que « [...] la perte d'une chance de survie est un pur jeu de mots : le dommage véritable est, à l'évidence, la mort »³³ ou les séquelles. La perte de la chance est ainsi interposée entre la faute et le dommage réel pour satisfaire à la preuve d'un lien causal certain³⁴.

16. Par un arrêt du 1^{er} avril 2004, rendu en chambres réunies sur les conclusions de l'avocat général Werquin, la Cour de cassation rejeta la possibilité de demander la réparation du dommage résultant de la perte d'une chance d'éviter un préjudice qui s'est réalisé.

La Cour cassait un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, statuant comme juridiction de renvoi, qui avait alloué des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par une jeune femme, agressée au vitriol par son ex-compagnon. Celle-ci poursuivait l'État belge et la ville de Liège, en raison de la chance qu'elle avait perdue de ne pas être confrontée à cette agression, si les mesures nécessaires avaient été prises lorsqu'elle s'était plainte. La cour d'appel de Liège avait condamné les autorités compétentes en raison de leur négligence.

32. N. ESTIENNE, « La perte d'une chance dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation : la procession d'Echternach (deux pas en arrière, trois pas en avant...) », *R.C.J.B.*, 2013, p. 607.

33. Concl. de l'avocat général Th. WERQUIN avant Cass., 1^{er} avril 2004, *Pas.*, 2004, n° 174, p. 546 ; passage repris dans ses concl. avant Cass., 6 décembre 2013, *Pas.*, 2013, n° 661, p. 2468.

34. N. ESTIENNE, « La perte d'une chance dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation : la procession d'Echternach (deux pas en arrière, trois pas en avant...) », *op. cit.*, p. 607.

Cet arrêt fut vivement critiqué par une partie de la doctrine, reprochant à la Cour de cassation d'avoir analysé la théorie de la perte d'une chance sous l'angle du lien de causalité plutôt que sous celui du dommage réparable³⁵.

Rendu en chambres réunies, il avait cependant un certain poids de telle sorte que, dans un premier temps, on aurait pu croire que la question était réglée. La Cour semblait, en effet, suivre cette jurisprudence³⁶.

Mais assez rapidement les chambres néerlandophones s'en démarquèrent.

17. Par un premier arrêt du 5 juin 2008³⁷, la 1^{ère} chambre néerlandophone prit le contrepied de l'arrêt de 2004 en admettant que puisse être réparée la perte d'une chance d'éviter un préjudice. En l'occurrence, la cour d'appel d'Anvers avait condamné un vétérinaire, au titre de sa responsabilité contractuelle, à payer une indemnité égale à 80 % de la valeur de remplacement d'un cheval qui était mort. Le moyen, pris de la violation des articles 1147, 1149 et 1151 du Code civil, soutenait que les juges d'appel n'avaient pas exclu que sans la faute du vétérinaire, le dommage final eût pu se produire tel qu'il s'était réalisé *in concreto*.

La Cour rejetait ce moyen aux motifs que :

« La perte d'une chance de guérison ou de survie est prise en considération pour l'indemnisation si la faute est la condition *sine qua non* de la perte de cette chance.

Le juge peut accorder une réparation pour la perte d'une chance d'obtenir un avantage ou d'éviter un préjudice si la perte de cette chance est imputable à une faute.

Le juge peut dès lors indemniser la perte d'une chance de guérison ou de survie d'un animal s'il constate que le propriétaire d'un animal malade qui, moyennant un traitement diligent, n'avait qu'une chance de guérison ou de survie, a perdu la chance d'une issue favorable par la faute du vétérinaire ».

Par la suite, la même chambre poursuivit dans cette voie. Par deux arrêts du 17 décembre 2009³⁸, elle soulignait d'abord que la perte de la chance

35. Voy. not. N. ESTIENNE, « La perte d'une chance dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation : la procession d'Echternach (deux pas en arrière, trois pas en avant...) », *op. cit.*, p. 617, spéc. n° 21.

36. Cass., 12 octobre 2005, *Pas.*, 2005, n° 507 ; comp. Cass., 12 mai 2006, *Pas.*, 2006, n° 270 et les concl. de M. l'avocat général délégué DE KOSTER. La portée de ces arrêts est cependant discutée, le premier étant prononcé en matière pénale en matière d'homicide involontaire, le second en raison des particularités de la cause voy. sur ce point : N. ESTIENNE, « La perte d'une chance dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation : la procession d'Echternach (deux pas en arrière, trois pas en avant...) », *op. cit.*, spéc. nos 14-19, pp. 612 et s., et réf. citées.

37. Cass., 5 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 350.

38. Cass., 17 décembre 2009, *Pas.*, 2009, nos 757 et 760.

soit d'obtenir un gain soit d'éviter un préjudice doit être réelle, c'est-à-dire sérieuse. Par arrêt du 15 mars 2010³⁹, elle cassait une décision qui avait considéré que la perte d'une chance ne pouvait donner lieu à réparation que s'il est certain que, sans la faute, le résultat espéré aurait été obtenu. En d'autres termes, « [l]'existence d'une chance n'implique aucune certitude quant à la réalisation du résultat espéré. Ainsi, le préjudicié peut obtenir la réparation de la perte d'une chance, même s'il n'est pas certain que, sans la faute, le résultat espéré aurait été obtenu ».

18. Ces décisions clôturaient-elles le débat ? La réponse à cette question que se posait N. Estienne en 2013⁴⁰ est résolument négative.

Par deux arrêts du 6 décembre 2013⁴¹, la 1^{ère} chambre francophone de la Cour rejetait l'application de la théorie de la perte d'une chance d'éviter un dommage réalisé.

Dans ses conclusions précédant le premier de ces arrêts, l'avocat général Werquin confirmait la position défendue dans ses conclusions prises avant l'arrêt du 1^{er} avril 2004 :

« Il ne peut être question », écrivait-il, « de perte d'une chance lorsqu'un risque s'est réalisé : le dommage ne consiste alors que dans la réalisation de ce risque et il ne saurait lui être fictivement substitué un autre préjudice factice, consistant en la perte d'une chance d'éviter la réalisation de ce risque, c'est-à-dire d'éviter la survenance d'un dommage qui s'est produit. Le juge ne peut réécrire l'histoire, pas plus que les prétentions des parties, en modifier le cours, sous prétexte qu'il ne lui apparaît pas possible d'établir un lien causal entre le dommage qu'il constate concrètement et le fait générateur de responsabilité, et ce, en vue de contourner cet obstacle ; il ne peut avoir égard qu'au préjudice qui s'est concrètement manifesté. Le seul dommage dont la victime peut se prévaloir est celui qu'elle a éprouvé concrètement, sans pouvoir faire état d'un autre dommage consistant en la perte d'une chance d'éviter le dommage concrètement éprouvé »⁴².

19. Depuis aucun arrêt décisif n'a été rendu par la Cour de cassation.

Relevons toutefois deux arrêts des 15 mai 2015⁴³ et 23 octobre 2015⁴⁴ qui rappellent le principe constant que l'indemnisation au titre de la perte d'une chance doit être mesurée à l'aune de la chance perdue.

39. Cass., 15 mars 2010, *Pas.*, 2010, n° 182.

40. N. ESTIENNE, « La perte d'une chance dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation : la procession d'Echternach (deux pas en arrière, trois pas en avant...) », *op. cit.*, p. 624.

41. Cass., 6 décembre 2013, *Pas.*, 2013, n° 661 et n° 662.

42. Concl. de Th. WERQUIN avant Cass., 6 décembre 2013, précité, n° 661, p. 2475.

43. Cass., 15 mai 2015, C.14.0269.N., disponible sur www.juridat.be.

44. Cass., 23 octobre 2015, C.14.0589.F., disponible sur www.juridat.be.

Alors que le premier de ces arrêts concernait la perte d'une chance d'obtenir le gain espéré – la chance d'obtenir un marché public – la 1^{ère} chambre néerlandophone de la Cour prit cependant soin de relever :

« La perte d'une chance réelle d'obtenir un avantage ou d'éviter un préjudice est prise en considération pour l'indemnisation si la faute est la condition *sine qua non* de la perte de cette chance.

L'existence d'une chance ne requiert aucune certitude quant à la réalisation du résultat espéré. Le préjudicié peut obtenir la réparation de la perte d'une chance, même s'il n'est pas certain que, sans la faute, le résultat espéré aurait été obtenu ».

Également confrontée à une perte de la chance d'obtenir un gain, la 1^{ère} chambre francophone s'est, en revanche, limitée à observer que :

« Lorsque le dommage subi, en relation causale avec la faute, est la perte d'une chance d'obtenir un avantage espéré, sa réparation ne peut consister en l'octroi de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée mais doit être mesurée à la chance perdue ».

Subsiste donc en filigrane une différence de perception ou de sensibilité. La question n'est pas close.

20. Quant aux juridictions de fond, les décisions ne font pas apparaître de modifications substantielles de leur jurisprudence depuis les arrêts de la Cour de cassation du 6 décembre 2013.

Les décisions publiées concernent, en effet, toutes des hypothèses de perte d'une chance « positive »⁴⁵.

Deux observations méritent cependant d'être formulées.

Premièrement, quoique faisant application de la perte d'une chance d'obtenir un gain, bon nombre de décisions reprennent la définition de la conception extensive de la perte d'une chance.

Deuxièmement, il est rare que les juridictions répondent à la question de savoir si les faits qui leur sont soumis concernent la perte d'une chance de déploiement d'un événement favorable ou, au contraire, celle de la survenance d'un risque.

45. Anvers, 28 octobre 2013, RN 2011/AR/3267 et 2011/AR/3310, disponible sur www.juridat.be ; Brussel, 7 janvier 2014, *Entr. et dr. – T. Aann.*, 2015, pp. 388 et s. (dont cassation le 15 mai 2015, voy. *supra*, n° 19) ; Liège, 23 janvier 2014, RG/2012/1692, disponible sur www.juridat.be ; Liège, 27 mars 2014, RG/2012/1519, disponible sur www.juridat.be ; Liège, 5 septembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, pp. 1456 et s. ; Brussel, 24 novembre 2014, *R.D.C.*, 2015, p. 856 ; C. trav., Mons, 10 décembre 2014, *Ors.*, 2015, pp. 22-23 ; Liège, 3 juin 2015, *J.T.*, 2015, pp. 847 et s. ; Mons, 10 septembre 2015, RG/2014/506, disponible sur www.juridat.be. Il faut noter que, dans la grande majorité des arrêts collectés, l'indemnisation au titre de perte d'une chance a été rejetée au motif qu'elle n'était pas réelle.

21. Il est vrai que ce distinguo est parfois difficile à effectuer. Le patient qui décède à la suite d'un traitement inadapté a-t-il perdu la chance d'éviter la mort ou celle de continuer à vivre plus longtemps ? Le justiciable demandeur en justice qui perd un litige à la suite d'une faute de son avocat a-t-il manqué la chance d'éviter un inconvénient qui s'est réalisé ou celle de gagner ?

Le propriétaire du cheval qui n'arrive pas à temps pour prendre part à la course perd-il la chance de la gagner ou celle d'éviter de la perdre ? D'une certaine manière, en effet, il l'a perdue.

22. Il reste que l'on perçoit l'artifice de langage. Perdre une course ne constitue pas en soi un dommage au sens ordinaire du terme. C'est le lot de la majorité des concurrents puisqu'il n'y aura, en principe, qu'un vainqueur. La perte de la course ne constitue un véritable dommage que pour celui qui, l'ayant gagné, serait irrégulièrement éliminé. Pour celui qui a pu y prendre part, la victoire à remporter ne constitue qu'un espoir.

Celui qui, en revanche, décède des suites d'un mauvais traitement ou celui qui encourt une perte en raison de l'avis fautif d'un conseiller financier subit un dommage au sens ordinaire du terme. Son intégrité physique ou son patrimoine sont atteints dans leur substance.

Et l'on gardera à l'esprit que le simple fait d'avoir été exposé à un risque qui ne survient pas, ne présente, en principe, aucun inconvénient sauf si l'exposition à celui-ci cause un dommage moral à la victime qui en a conscience ou si cette dernière doit supporter des frais pour réduire la probabilité ou les conséquences de sa survenance éventuelle. L'exposition à un risque ne constitue donc pas, en elle-même, un dommage susceptible de réparation. La perte de la chance d'éviter un dommage qui s'est réalisé est donc inséparable de ce dernier. Si ce dernier ne se réalise pas, la personne exposée à un risque plus élevé de subir un dommage ne pourrait en principe agir en réparation.

23. La question de la perte d'une chance montre, une nouvelle fois, la limite des raisonnements techniques en droit. Si l'accent est mis sur le lien causal, la perte de la chance d'éviter un dommage qui s'est réalisé ne peut qu'être rejetée ; si en revanche, l'accent est mis sur le dommage et que la perte de cette chance négative est vue comme un dommage en soi, le lien causal pourra aisément être incertain.

Face à cette situation, un équilibre devra donc être trouvé entre la rigueur des principes et le légitime souci de venir en aide à la victime d'un acte culpeux.

À cet égard, deux voies sont possibles.

La première consiste à garder à l'esprit que la certitude du lien causal n'est qu'une « certitude judiciaire ». Rien n'est par définition certain, il en est spécialement ainsi dans l'art médical. Le meilleur médecin appliquant le

meilleur traitement ne peut pas garantir le succès de celui-ci. C'est pourquoi l'obligation du médecin est de moyens.

Rien n'empêche dans ce cas de retenir le critère du « cours normal des choses » et de considérer que si le dommage ne serait pas survenu sans la faute dans le cours normal des choses, le lien causal est suffisamment certain. Dans ses conclusions avant l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 29 octobre 2014 à propos d'une question de responsabilité médicale, l'avocat général Vandermeersch soulignait à cet égard : « [...] pour qu'une faute médicale soit considérée comme la cause du dommage [la non-guérison ou le décès], le lien de causalité entre les deux facteurs doit être certain, cette condition de certitude ne signifie pas que le lien de causalité doit être établi de façon absolue ou incontestable, ce qui sera rarement le cas ». « Il convient dès lors », ajoutait-il, « d'examiner si dans le cours normal des choses, la patiente aurait pu être sauvée par l'administration en temps utile du traitement antibiotique »⁴⁶.

L'autre voie consiste à être exigeant lorsqu'il s'agit d'apprécier du caractère « sérieux » de la chance d'éviter un dommage.

La solution est sans doute moins élégante car sérieuse ou non, cette chance perdue ne cause, comme nous l'avons dit, de véritable préjudice que si le dommage se concrétise. Mais les nécessités d'une solution équitable peuvent justifier une entorse à l'élégance du raisonnement juridique.

L'on observera cependant que les plus grands défenseurs de la théorie de la perte d'une chance négative se montrent réservés lorsqu'il s'agit de l'appliquer de manière générale. C'est ainsi que B. Dubuisson est réticent à l'appliquer à l'hypothèse d'un manquement à un devoir contractuel d'information. Il écrivait à cet égard : « [La chance] doit [...] être quantifiable. C'est pourquoi l'application de la théorie de la perte d'une chance nous paraît devoir être écartée lorsqu'elle implique de mesurer le degré de détermination d'une personne ou sa résolution à poser un acte déterminé. Dans ce cas, il est préférable d'appliquer la règle de tout ou rien par référence au comportement d'une personne raisonnable. Il en va notamment ainsi lorsque la faute consiste dans un manquement à une obligation d'information et qu'il s'agit de déterminer ce qu'une personne raisonnable aurait décidé si une information correcte avait été donnée »⁴⁷.

Mais il sera souvent impossible de déterminer ce qu'aurait fait avec certitude une personne raisonnable. Dans une même situation, deux personnes raisonnables peuvent adopter, en effet, des attitudes différentes voire opposées sans que l'une ou l'autre soit critiquable. Le phénomène est connu

46. Concl. avant Cass., 29 octobre 2014, *Pas.*, 2014, n° 644.

47. B. DUBUISSON, « Jurisprudence récente de la Cour de cassation sur la relation causale », *J.T.*, 2010, n° 13, p. 750.

lorsqu'il s'agit d'apprécier l'existence d'une faute ou d'une négligence. Cette appréciation, dit-on, doit être « marginale », ce terme signifiant, en réalité, seulement que le juge doit garder à l'esprit que tout bon père de famille n'a pas nécessairement toujours la même réaction dans une situation déterminée et qu'il ne peut censurer que le comportement qui s'écarte d'un des comportements qu'aurait pu adopter une personne raisonnable et prudente placée dans les mêmes circonstances.

Tout praticien sait à cet égard qu'une information recueillie en cours de discussion d'un contrat peut déterminer l'un à ne pas contracter, l'autre à contracter mais à d'autres conditions, le troisième à conclure l'opération parce qu'à ses yeux l'impact de cette information est négligeable ou que le risque qu'elle fait courir est sans commune mesure avec l'intérêt que l'opération présente pour lui.

Aucune solution n'est donc parfaite. Le choix reste donc à faire par notre cour suprême.

§3. Le dommage des employeurs publics ou privés

24. Un employeur public ou privé, qui se voit dans l'obligation statutaire ou conventionnelle de rémunérer une personne à son service alors qu'elle se trouve dans l'incapacité de travailler, peut-elle agir contre le tiers responsable de celle-ci pour obtenir le remboursement de ses décaissements ?

On sait qu'après avoir envisagé la question sous l'angle de la rupture du lien de causalité par l'interposition d'une cause juridique propre⁴⁸, la Cour de cassation préfère aujourd'hui l'appréhender sous celui du dommage⁴⁹.

Elle décide à cet égard de manière constante que l'existence d'une obligation contractuelle, légale ou réglementaire, n'exclut pas un dommage dans le chef de celui qui doit l'exécuter pour autant qu'il n'apparaisse pas de son contenu ou de sa portée que l'obligation doive rester définitivement à charge de son débiteur. L'obligé pourrait donc, en dehors de toute action subrogatoire, demander la réparation d'un préjudice propre directement sur la base de l'article 1382, ou de l'article 1384, comme le souligne un arrêt récent du 7 janvier 2016⁵⁰. Encore faut-il que l'obligé subisse à proprement parler un dommage.

Ce dommage ne résulte, en effet, pas du seul fait que l'obligé doit opérer des décaissements mais bien du fait qu'il est privé des prestations dont ces décaissements constituent la contrepartie. Il doit donc, en principe, s'agir de

48. Voy. not. Cass., 13 avril 1988, *Pas.*, 1988, n° 492.

49. Depuis cinq arrêts des 19 et 20 février 2001 (Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, n°s 97, 98, 99 et 100 et 20 février 2001, *Pas.*, 2001, n° 101).

50. Cass., 7 janvier 2016, C.15.0231.N., disponible sur www.juridat.be.

rémunérations à l'exclusion de rentes pour incapacité accordées au travailleur ou de pensions de survie accordées à la veuve du travailleur décédé, et il faut bien sûr que le travailleur ait effectivement arrêté de travailler.

L'assureur qui couvrirait les décaissements à opérer par cet employeur ne disposerait, en revanche, d'aucun recours propre. Il ne disposerait que d'un recours subrogatoire soit en vertu d'un texte particulier soit en vertu des principes applicables à l'ensemble des assurances de dommage.

Un arrêt de la Cour de cassation du 30 mars 2015 le rappelle⁵¹.

Le tribunal de commerce de Huy statuant en degré d'appel avait dénié à Ethias droit commun, qui assurait la zone de police de Huy, tout autre recours subrogatoire que celui ouvert par l'article 14, § 3, de la loi du 3 juillet 1967 alors pourtant qu'elle disposait aussi du recours que lui ouvrait l'article 41, alinéa 1^{er}, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre.

25. Après avoir rappelé cette disposition et que « [l]es pouvoirs publics qui, ensuite de la faute d'un tiers, doivent continuer à payer à l'un de leurs agents la rémunération et les charges grevant la rémunération en vertu d'obligations légales ou réglementaires qui leur incombent, sans bénéficier de prestations de travail en contrepartie, ont droit à une indemnité réparant le dommage ainsi subi, pour autant qu'il résulte des dispositions légales et réglementaires applicables que les décaissements précités auxquels ils sont tenus, ne doivent pas rester définitivement à leur charge », la Cour a logiquement cassé cette décision. L'assureur subrogé dans les droits de la zone de police de Huy pouvait évidemment exercer par voie subrogatoire, sur la base de l'article 41 de la loi du 25 juin 1992, les droits et actions de son assurée contre l'assureur responsabilité civile automobile de l'auteur de l'accident ayant causé l'incapacité de travail de l'agent en cause, en ce compris l'action que le pouvoir public pouvait, lui, faire valoir directement sur le fondement de l'article 1382 du Code civil contre le tiers responsable⁵².

51. Cass., 30 mars 2015, *J.T.T.*, 2015, pp. 244 et s.

52. L'assureur subrogé ne perdra de vue le problème de la prescription. Lorsque le subrogé souhaite introduire, en cette qualité, une action en justice contre le responsable de l'accident, il ne doit pas oublier qu'« [il] est mis à la place de celui qui a payé ; il se substitue à lui de telle manière que la situation juridique du subrogeant devient la situation propre du subrogé, qu'il peut exercer les droits de celui-ci comme celui-ci aurait pu les exercer et que, par conséquent, le débiteur peut lui opposer les objections et les exceptions qu'il aurait pu opposer à son créancier primitif » (concl. de l'avocat général MAHAUX avant Cass., 21 juin 1971, *Pas.*, 1971, pp. 1001 et s.). Dans toutes les hypothèses où, après paiement et donc subrogation, une victime poserait un acte interruptif de prescription, celui-ci ne profite pas au subrogé : « [...] l'interruption de la prescription par celui qui se fait subroger dans ses droits n'a lieu au profit du subrogé que si elle est antérieure et non postérieure à la subrogation » (Cass., 16 décembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 614).

§4. L'existence d'un dommage : l'action en vie préjudiciable

26. Le dommage réparable se mesure, en principe, en comparant la situation de la victime supposée avant et après le fait dommageable (donc le sinistre)⁵³. En cas de différence négative, il conviendra dès lors de rétablir la victime dans l'état où elle se serait trouvée si la faute n'avait pas été commise⁵⁴.

Il est des cas où la mise en œuvre de ces principes suscite des difficultés.

Ainsi en est-il de l'action en vie préjudiciable (« *wrongful life* ») ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014⁵⁵.

En l'espèce, un médecin avait tardé à déceler une grave malformation d'un fœtus en cours de grossesse et avait, en outre, omis de discuter avec les parents de la possibilité d'un avortement thérapeutique. L'enfant était ainsi né avec un lourd handicap.

Outre une action tendant à la réparation de leur préjudice propre, les parents avaient introduit contre le médecin qui avait commis ces erreurs une action en responsabilité extracontractuelle en qualité de représentants de leur enfant. La demande tendait, à cet égard, à couvrir notamment le préjudice résultant pour cet enfant d'avoir perdu la chance de ne pas venir au monde et de ne pas encourir les souffrances de son existence.

La cour d'appel de Gand avait admis que le dommage moral résultant des périodes d'hospitalisation et de revalidation ainsi que des frais extraordinaires découlant du handicap soient indemnisés. Elle avait néanmoins rejeté la réparation du dommage esthétique ainsi que du dommage économique parce que les demandes impliquaient une comparaison de l'état de l'enfant avec celui d'une personne valide, alors que cet état n'aurait pas existé si la faute n'avait pas été commise.

Sur le pourvoi du gynécologue, la Cour de cassation devait cependant casser cette décision au motif que : « [i]l n'existe pas de dommage indemnisable au sens [des articles 1382 et 1383 du Code civil] lorsqu'il faut

53. Et non pas la faute comme on l'écrit souvent. Il peut en effet y avoir un laps de temps relativement long entre la faute et la survenance du dommage. Un pont peut ainsi s'écrouler trois ans après sa construction parce qu'il est affecté d'un vice de conception. Pour apprécier le dommage de ceux qui l'empruntaient au moment du sinistre, on comparera leur situation avant et après cet événement et non avant et après la faute de conception (cons. J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, Deel I, coll. APR, Gand, E. Story-Scientia, 1984, n^{os} 5.2 et 22).

54. Voy. not. Cass., 3 décembre 2003, *Pas.*, 2003, n^o 614 ; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling*, op. cit., p. 27.

55. Cass., (aud. plén.), 14 novembre 2014, précité ; *J.T.*, 2015, pp. 221 et s., rendu sur Gand, 3 novembre 2011, *R.G.A.R.*, 2013, n^o 14943, note D. DE CALLATAÏ.

comparer la situation de l'existence d'une personne avec un handicap avec sa non-existence »⁵⁶.

27. Cette décision laisse perplexe dans sa motivation.

En effet, on n'aperçoit pas en quoi il serait impossible de comparer la situation d'un enfant qui doit vivre subissant un lourd handicap avec sa non-existence, ni en quoi une telle impossibilité serait déterminante de l'inexistence d'un dommage. Un malade qui se trouverait dans les conditions d'être euthanasié pourrait à cet égard parfaitement demander réparation du préjudice résultant d'un refus illicite opposé à son souhait de mourir. Or, on comparera là aussi sa situation avec celle de sa non-existence.

Au contraire de ce qu'a souligné la cour de Mons dans un arrêt du 12 octobre 2012⁵⁷, il n'y donc pas d'« [...] irréductible contradiction dans le fait d'agir en justice, ce qui implique que l'on est sujet de droit et de demander au juge de constater que l'on ne devrait pas être »⁵⁸, même si l'on conçoit que l'évaluation du dommage, visant à replacer la victime dans la situation dans laquelle elle serait demeurée en l'absence de la matérialisation du fait dommageable, soit en l'occurrence la non-existence, puisse heurter la sensibilité⁵⁹.

28. À vrai dire, à moins qu'on la rejette parce qu'elle tendrait à la réparation de la perte d'une chance négative, la demande en réparation de l'enfant né anormal ne peut être exclue qu'en raison d'autres considérations.

L'on pourrait penser, à cet égard, que l'action de l'enfant reviendrait à lui reconnaître un droit à l'avortement alors que celui-ci appartient à sa mère. L'explication est cependant insuffisante. S'il est vrai que la faute du médecin a porté atteinte au droit à l'avortement de la mère, cette faute professionnelle ne constitue pas une simple faute contractuelle. Or toute personne victime d'une faute quasi-délictuelle peut agir en réparation du dommage qui lui est causé par cette dernière.

Notre droit ne connaît pas, en effet, de principe de relativité aquilienne⁶⁰.

56. On se souviendra qu'en France, l'arrêt du 17 novembre 2000, dit « Perruche », de la Cour de cassation, avait admis la réparation d'un tel dommage dans le chef de l'enfant. Le législateur était ensuite intervenu, par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, devenu l'article L.114-5 du Code de l'action sociale et des familles, qui dispose que : « [n]ul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance [...] ».

57. Mons, 12 octobre 2012, *R.G.A.R.*, 2013, n° 14967.

58. *Ibid.*

59. Il ne pourrait d'ailleurs en aucun cas être question de réparation en nature.

60. Cass., 4 novembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 654 : « [a]u sens des articles 1382 et 1383 du Code civil, tout manquement au devoir général de prudence constitue une faute. L'arrêt qui considère que les défendeurs n'ont pas commis de faute résultant d'un quelconque manquement au devoir général de prudence au motif que cette faute n'aurait pas été commise 'à l'égard de la [demanderesse]', ajoute à la définition de la faute une condition qui lui est étrangère et viole, dès lors, les articles 1382 et 1383 du Code civil ».

Certes, on ne concevrait pas qu'un enfant agisse contre ses parents au motif qu'ils l'auraient laissé naître alors qu'ils étaient parfaitement conscients du handicap qui l'affectait et qu'un avortement eût été possible.

Mais dans ce cas, le refus de l'action serait justifié par l'absence de faute. Dans l'état actuel de notre droit et de notre société, il paraît, en effet, inconcevable de critiquer la décision d'une femme de refuser un avortement, même thérapeutique, en raison de ses convictions philosophiques ou religieuses.

On peut, dès lors, se demander si ce que sous-tend la jurisprudence de la Cour de cassation ne touche pas au caractère illégitime de l'intérêt de l'enfant à se prévaloir de son existence au titre d'un dommage. Il s'agirait donc, une fois encore, d'un choix qui échappe à la pure technique du droit, en l'espèce d'un choix éthique.

Section 2. La réparation du dommage

29. Notre droit de la responsabilité est indemnitaire.

Il vise, comme nous rappellerons tout d'abord, à « [...] rétablir l'équilibre rompu par la survenance d'un dommage, [à] contrebalancer, tant que faire se peut, les effets négatifs causés par le fait générateur de responsabilité »⁶¹, ni plus ni moins (§ 1).

L'affirmation ne doit cependant pas faire oublier, comme il sera exposé ensuite, que la réparation du dommage au sens strict⁶² n'est pas seulement pécuniaire, mais qu'elle doit au contraire, en principe, prendre la forme d'une réparation en nature. L'« indemnisation » se traduit, en règle, par autre chose qu'une somme d'argent (§ 2).

Par ailleurs, dans le cadre d'une telle contribution, la question de la spécificité du dommage contractuel, s'il en est, sera posée. Le Code civil limite en effet la réparation sauf en cas de dol, au seul dommage prévisible (§ 3).

Dans ce contexte, deux sujets particuliers seront par ailleurs abordés : il s'agit, d'une part, des conséquences sur l'indemnité du dommage des clauses exonératoires de responsabilité (§ 4) et, d'autre part, de l'adage *Fraus omnia corrumpit* (§ 5).

Nous aborderons enfin la question des intérêts moratoires et compensatoires puisque ceux-ci visent à compenser du dommage supplémentaire

61. I. DURANT, « La réparation dite intégrale du dommage – Rapport belge », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 446, n° 4.

62. Qui, entendu strictement, n'inclut pas l'exécution en nature d'une obligation contractuelle, voy. *infra*, nos 32 et s.

résultant de l'écoulement du temps et donc, à indemniser totalement du dommage global subi par la victime (§ 6).

§1. Le principe de la réparation intégrale et l'évaluation *ex aequo et bono*

30. L'évaluation du dommage ne peut mener à méconnaître le principe de la réparation intégrale. Le responsable est tenu de réparer tout le dommage mais rien que le dommage⁶³.

Le principe vaut en matière extracontractuelle comme en matière contractuelle. La Cour de cassation décide, à cet égard, que : « [e]n vertu de l'article 1149 du Code civil, le débiteur de cette obligation doit répondre intégralement de la perte du créancier et du gain dont il a été privé, sous réserve de l'application des articles 1150 et 1151 du Code civil »⁶⁴.

Cette réserve, on le verra, est toutefois largement vidée de sa portée. La Cour de cassation adopte, en effet, une conception extensive du dommage prévisible visé à l'article 1150 du Code civil⁶⁵ et si l'article 1151 du Code civil précise que, même en cas de dol, les dommages et intérêts « [...] ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention », il ne fait qu'exprimer l'exigence d'un lien de causalité nécessaire⁶⁶.

31. L'exigence de la réparation intégrale implique que la victime soit remplacée, avec le plus de précision possible, dans l'état dans lequel elle serait demeurée si la faute n'avait pas été commise⁶⁷.

C'est sans doute cette idée qui conduit la Cour de cassation à subordonner l'octroi par le juge du fond d'une indemnisation *ex aequo et bono* en matière contractuelle ou extracontractuelle « [...] à la condition d'indiquer les motifs pour lesquels il ne peut admettre le mode de calcul proposé par la victime et de constater l'impossibilité de déterminer autrement le dommage »⁶⁸.

63. R. O. DALCO, « Traité de la responsabilité civile », *Les Nouvelles*, Droit civil, t. V, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 741, n° 4139.

64. Voy. not. Cass., 15 novembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 606 ; Cass., 16 avril 2004, *Pas.*, 2004, n° 202 ; voy. aussi Cass., 19 mars 2015, C.14.0445.F, disponible sur www.juridat.be.

65. Voy. *infra*, n° 39 et not. Cass., 11 février 1986, *R.C.J.B.*, 1990, p. 79, note L. CORNELIS ; Cass., 4 février 2010, *Pas.*, 2010, n° 84.

66. P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge – Les obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 1189, n° 812.

67. Voy. I. DURANT, « La réparation dite intégrale du dommage – Rapport belge », *op. cit.*, qui résume utilement les principes découlant de la réparation intégrale du dommage, pp. 447 et s., n° 5.

68. Récemment, voy. Cass., 16 avril 2015, C.13.0305.F ; Cass., 8 janvier 2016, C.15.0271.F ; voy. aussi Cass., 21 décembre 2015, C.14.475.N, où la Cour de cassation confirme que les juges

Et lorsqu'il statue de la sorte, le juge doit tenter de cerner au mieux le dommage.

La Cour constitutionnelle a eu l'occasion de rappeler ce principe par arrêt du 21 janvier 2016 dans lequel se posait la question de savoir si l'article 1382 du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution dans l'interprétation selon laquelle il s'oppose à ce qu'une personne morale constituée et agissant pour la défense d'un intérêt collectif – en l'occurrence la défense de l'environnement – reçoive, en cas d'atteinte à cet intérêt pour lequel elle est instituée, un dédommagement moral dépassant l'euro symbolique⁶⁹.

Répondant positivement à cette question, la Cour relevait dans ses motifs :

« En vertu de l'article 1382 du Code civil, le juge est tenu d'évaluer concrètement le dommage causé par un acte illicite et il peut recourir à une évaluation du dommage en équité lorsqu'il est impossible de le déterminer autrement.

L'évaluation de dommages-intérêts en équité signifie que ceux-ci doivent être adaptés le mieux possible à la réalité concrète, même lorsqu'il s'agit d'un dommage moral. À cet égard, la situation d'une personne morale ne diffère pas de celle d'une personne physique qui subit un préjudice moral, lequel ne peut pas non plus être constaté avec une précision mathématique. Le juge ne peut pas se contenter d'indiquer qu'il s'agit d'un préjudice moral et qu'il évalue dès lors le dommage *ex aequo et bono* ; il doit motiver l'impossibilité d'évaluer le dommage autrement (Cass., 22 avril 2009, *Pas.*, 2009, n° 268) ».

La Cour observe, pour le surplus, que, même s'il n'est pas possible d'évaluer exactement le dommage subi en cas d'atteinte portée à des éléments de l'environnement qui n'appartiennent à personne et que le dommage moral de la personne morale ne coïncide pas avec le dommage écologique réel, il n'est pas impossible de procéder à une évaluation concrète du dommage moral de l'association de défense. Elle précise, à cet égard, que : « [...] [le juge] peut notamment tenir compte des objectifs statutaires de l'association, de l'importance de ses activités et des efforts qu'elle fournit pour réaliser ses objectifs. En outre, il peut également prendre en considération la gravité de l'atteinte à l'environnement pour évaluer le dédommagement moral à accorder à l'association »⁷⁰.

du fond ont fait une application justifiée de l'évaluation en équité. Toutes ces références sont disponibles sur www.juridat.be.

69. C. const., 21 janvier 2016, n° 7/2016.

70. C. const., 21 janvier 2016, précité.

§2. Le principe de la réparation en nature

I. Exécution en nature ou par équivalent, réparation en nature ou par équivalent : rappel des notions

32. Ainsi que l'a excellemment montré P. Wéry, le principe de la réparation en nature doit être soigneusement distingué du principe de l'exécution en nature⁷¹.

33. Le principe de l'exécution en nature est étranger au droit de la responsabilité au sens propre du terme. Il repose sur l'idée que le créancier d'une obligation est fondé à réclamer au débiteur, la prestation (ou l'abstention) qu'il a promise et qu'à défaut d'exécution volontaire en temps et lieu, il puisse le faire condamner à s'exécuter et, le cas échéant, le faire remplacer par un tiers qui lui fournira la prestation promise⁷².

Il implique à l'inverse que le débiteur puisse, en principe, offrir de s'exécuter en nature si cette exécution présente encore un intérêt pour le créancier⁷³.

La circonstance que le créancier obtienne – avec retard – l'exécution de l'obligation en nature, n'implique évidemment pas qu'il n'ait subi aucun dommage résultant de l'inexécution fautive. C'est ici que se posera à proprement parler la question de la réparation qui relève du droit de la responsabilité.

Le droit du créancier ou du débiteur à l'exécution en nature trouve évidemment une limite en cas d'abus de droit ou en cas d'impossibilité d'y procéder comme le souligne l'article 1184, alinéa 2, du Code civil⁷⁴.

71. P. WÉRY, et récemment, « Les condamnations non pécuniaires dans le contentieux de la responsabilité – rapport belge », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 96, n° 30.

72. Art. 1144 C. civ.

73. Cela ne sera pas le cas, par exemple si un marchand a commandé des sapins pour les vendre durant la période des fêtes de Noël, mais qu'il ne les a toujours pas reçus en janvier.

74. Le contentieux du bail offre une perspective intéressante pour illustrer la discussion. Se peut-il que le propriétaire-bailleur commette un abus de droit lorsqu'il sollicite que son locataire s'exécute en nature, soit continue à occuper les lieux en échange d'un loyer, comme prévu par la convention ? Lorsqu'elle en a l'occasion – ce qui est surtout le cas quand elle est amenée à se prononcer sur la violation de l'article 1184 (alinéa 2) du Code civil –, la Cour de cassation rappelle que « [...] l'exécution en nature constitue le mode normal d'exécution forcée tant des obligations de faire que de celles de ne pas faire ; que ce n'est que lorsque cette exécution n'est pas ou plus possible que l'exécution par équivalent s'impose », voy. Cass., 30 janvier 2003, *Pas.*, 2003, n° 69, en matière de bail. Un abus de droit peut néanmoins être excipé par le débiteur d'une obligation contractuelle, soit que le bailleur exige l'exécution en nature d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de son droit par un bailleur prudent et diligent, en causant au locataire un préjudice qui est sans proportion avec l'avantage qu'il recherche ou obtient.

Il trouve une autre limite dans les sanctions particulières que la loi prévoit pour certains types de contrats – par exemple, l'article 1184 du Code civil pour les contrats synallagmatiques – ou que les parties ont introduit dans leurs accords – par exemple, un pacte comissoire exprès –.

34. Si l'on fait abstraction de ces règles, le créancier ne pourra en principe, lorsque le débiteur s'y oppose, exiger une exécution par équivalent qu'en cas d'impossibilité d'exécution en nature. Il s'agit alors d'obtenir la contre-valeur de la prestation promise. En cas de manquement fautif du débiteur à son obligation, cette exécution par équivalent est, en pratique, absorbée par l'indemnité couvrant la totalité du dommage subi par le créancier, qui relève du droit de la responsabilité.

Relevons à cet égard qu'au terme d'une controverse purement académique, certains auteurs, surtout français, désavouent l'existence conceptuelle de la « responsabilité contractuelle »⁷⁵, contestant la nature indemnitaire des « dommages et intérêts contractuels », qui n'auraient pour objet que d'exécuter le contrat par équivalent⁷⁶. Cette thèse ne s'accorde pas avec le droit positif belge.

En réalité, dans notre système, la question de l'évaluation de la somme due au titre d'une exécution par équivalent ne se pose à l'état pur que dans certains cas où des restitutions doivent intervenir en-dehors de toute idée de faute.

Tel serait, par exemple, le cas de la nullité de la vente d'un tableau obtenue par le vendeur pour erreur sur la substance alors que l'acquéreur l'aurait de bonne foi lui-même revendu à un sous-acquéreur tout autant de bonne foi. Dans l'impossibilité de le rendre en nature, l'acheteur devrait le restituer en équivalent.

35. La réparation en nature ne tend pas à obtenir l'exécution d'une obligation mais à réparer le dommage qui résulte d'un manquement contractuel ou extracontractuel (donc à une obligation ou à un devoir). Elle a pour but de replacer la victime d'une faute dans une situation aussi proche que possible de celle où cette faute n'aurait pas été commise en lui procurant un équivalent non pécuniaire, par exemple, en lui offrant une chose semblable ou comparable au bien perdu par la faute.

Il s'agit, en réalité, d'octroyer à la victime une réparation plus appropriée qu'une somme d'argent pour aboutir à son indemnisation intégrale.

75. Ph. RÉMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *R.T.D. civ.*, 1997, pp. 323 et s.

76. Ph. BRUN résume le débat dans « La réparation du dommage », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 132 ; M. BACACHE, « Le dommage prévisible : exécution par équivalent du contrat ou responsabilité contractuelle », *Rec. Dalloz*, 2011, pp. 1725 et s.

II. Le principe de la réparation en nature

36. On sait que la réparation en nature doit, en règle, être préférée à une réparation pécuniaire. Assez rares sont, cependant, les arrêts de la Cour de cassation rappelant ce principe.

Aussi ne peut-on passer sous silence un arrêt du 5 mai 2011⁷⁷ rendu dans une curieuse affaire de droit d'auteur.

Une sculpture avait été commandée au début des années cinquante pour orner l'arcade centrale du théâtre d'eau du casino de Namur. Elle avait, par la suite, été déplacée en raison de travaux réalisés par la Ville de Namur. Le théâtre d'eau n'ayant pas été reconstruit, la statue ne retrouva pas sa place et disparut pour être retrouvée, bien plus tard, endommagée, dans le jardin de l'entrepreneur qui avait été chargé des travaux. Le sculpteur déconfit fut dès lors amené à citer la Ville de Namur et la veuve de l'entrepreneur pour obtenir réparation de l'atteinte à son droit moral sur l'œuvre. La cour d'appel de Liège avait à cet égard fait droit dans son principe à la demande tendant à faire couler en bronze un nouvel exemplaire de la sculpture, qui était à l'origine en pierre de France, et à la faire placer dans le voisinage du casino ou dans un lieu public équivalent. La Ville de Namur se pourvut en cassation contre cette décision en faisant valoir en substance :

« [...] que l'arrêt attaqué alloue au défendeur une réparation excédant la mesure des droits auxquels il a été porté atteinte et viole, partant, toutes les dispositions visées au moyen, dès lors que :

- (a) pour écarter la défense de la demanderesse déduite de ce qu'on ne pouvait exiger d'elle 'de prendre en charge les frais de réalisation d'une autre œuvre qui serait la copie, dans un autre matériau de la première',
- (b) il considère que le défendeur 'en postulant la reproduction de l'œuvre en bronze et le placement de cette reproduction, soit à proximité du casino soit dans un lieu public équivalent, ne poursuit rien d'autre que la réparation en nature de ces atteintes' à ses droits moraux sans abuser de ceux-ci,
- (c) aux motifs que toute autre forme de réparation est exclue,
- (d) et qu'en demandant que l'œuvre soit reproduite en bronze, l'auteur fait preuve de modération puisque par rapport au matériau d'origine, le bronze est incontestablement 'moins exigeant au

77. Cass., 5 mai 2011, *Pas.*, 2011, n° 299, les conclusions de M. le premier avocat général HENKES, alors avocat général, *R.G.D.C.*, 2012, p. 248 et la note P. WÉRY, « La réparation en nature du dommage en matière de responsabilité civile extracontractuelle ».

point de vue entretien et surtout beaucoup moins onéreux à la réalisation' »⁷⁸.

Après avoir rappelé que : « [t]oute atteinte aux droits d'un auteur, notamment à son droit moral sur une œuvre, peut donner lieu à réparation conformément aux articles 1382 et 1383 du Code civil », la Cour rejette le pourvoi au motif que : « [c]es articles obligent celui qui, par sa faute, a causé un dommage à le réparer intégralement, ce qui implique le rétablissement du préjudicié dans l'état où il serait demeuré si la faute n'avait pas été commise » et qu'« [i]ls permettent, en outre, au préjudicié d'exiger la réparation de son dommage en nature si elle est possible et ne constitue pas un abus de droit ».

37. Si la victime a le droit d'opter pour la réparation en nature, encore faut-il reconnaître que, corollairement, le responsable a également le droit d'offrir la réparation en nature à la victime, si cette dernière ne postule que des dommages et intérêts. Le juge devra alors faire droit à cette demande, pour autant « [...] que l'offre soit sérieuse et qu'elle permette d'indemniser adéquatement la victime »⁷⁹.

38. À l'instar de l'exécution en nature, la réparation en nature trouve une limite dans l'abus de droit⁸⁰.

Par ailleurs, elle ne saurait conduire à assurer à la victime une indemnisation qui dépasse son dommage.

Sous cet angle, elle se marie mal avec les nécessités d'un partage de responsabilités.

§3. Les particularités du dommage contractuel ?

I. Généralités

39. Ainsi que nous l'avons relevé, le dommage contractuel présente la particularité d'être soumis à deux dispositions légales dont on pourrait penser qu'elles le distinguent nettement du dommage réparable au sens de l'article 1382 du Code civil.

L'article 1150 du Code civil limite le dommage réparable, sauf en cas de dol, au seul dommage prévisible. L'article 1151 précise quant à lui que, même si le débiteur s'est rendu coupable de dol, la réparation se limite à « [...] ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ».

78. Résumé du moyen par les conclusions de M. le premier avocat général HENKES, alors avocat général.

79. P. WÉRY, « La réparation en nature du dommage en matière de responsabilité civile extra-contractuelle », *R.G.D.C.*, 2012, spéc. n° 6, p. 253.

80. Cass., 5 mai 2011, précité.

La seconde de ces dispositions se borne, toutefois, comme il a été relevé au passage, à exiger un lien causal nécessaire entre le manquement contractuel et le dommage. Tel est du moins l'état du droit positif belge. On rappellera à cet égard que la Cour de cassation définit le lien causal en matière contractuelle de la même manière qu'en matière extracontractuelle. Elle décide que « [l]e juge ne peut condamner celui qui a commis une faute contractuelle à indemniser le dommage que lorsqu'il constate qu'il existe un lien de causalité entre la faute et le dommage, ce lien requérant que, sans cette faute, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé », comme encore rappelé par arrêt du 19 mars 2015⁸¹. Rien n'empêche donc la couverture d'un dommage « indirect » pour autant qu'il soit établi que sans la faute, ce dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé *in concreto*⁸².

L'article 1151 ne constitue dès lors pas une limite à l'indemnisation du dommage contractuel.

Il en va différemment de la première, mais on ne peut que constater que la Cour de cassation de Belgique l'a réduite à presque rien : il n'est, en effet, pas requis que l'étendue du dommage ait été prévue par le débiteur ; il suffit qu'il l'ait prévu en son principe⁸³.

Or dans la plupart des cas, cette condition sera remplie. Le dommage réparable sur le plan contractuel se confondra donc le plus souvent avec le dommage extracontractuel. En droit belge, les responsabilités contractuelle et aquilienne aboutissent donc sur ce point, comme sur d'autres, à des solutions largement comparables.

Le droit belge s'écarte à cet égard nettement de la jurisprudence française qui considère que la condition de prévisibilité vise tant le principe que l'étendue du dommage⁸⁴, ce qui conduit à conférer à la responsabilité contractuelle sur point, comme sur d'autres, une véritable autonomie⁸⁵.

81. Voy. récemment Cass., 19 mars 2015, C.14.0445.F., disponible sur www.juridat.be.

82. Voy. not., Cass., 14 octobre 1985, *Pas.*, 1986, n° 88.

83. Voy. not. Cass., 11 février 1986, *R.C.J.B.*, 1990, p. 79, note L. CORNELIS ; Cass., 4 février 2010, *Pas.*, 2010, n° 84.

84. Un arrêt de la Cour de cassation de France du 3 juin 1998 (*Bull. civ.*, 1998, n° 199) est topique. Dans cette affaire, un couple s'était fait voler une valise contenant des bijoux d'une valeur supérieure à 200.000 francs français lors d'un transport. La Cour de cassation française se prononce dans le sens d'une conception restrictive du dommage prévisible, qui doit l'être tant dans son principe que dans son étendue ; dès lors, l'entreprise de transport n'est-elle pas contrainte d'indemniser le dommage à concurrence du dommage réel si elle ne pouvait pas prévoir que les bagages contenaient de telles valeurs.

85. L'article 1234-3 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme, en France, du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ne modifie pas cette situation. Il se borne à reprendre l'article 1150 du Code civil en y intégrant la jurisprudence constance de la Cour de cassation assimilant le dol à la faute lourde : « [l]e débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive » (sur

II. Le dol dans l'exécution du contrat

40. Le dol dans l'exécution du contrat, qui exclut ce qui reste de la condition de prévisibilité du dommage, demeure au centre d'une incertitude dont l'inconvénient est, certes, réduit lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue du dommage réparable ; ceci en raison de ce qui vient d'être dit de la prévisibilité du dommage contractuel, mais qui apparaît plus nettement lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité des clauses d'exonération de responsabilité.

La question est de savoir si le dol constitue un simple manquement volontaire au contrat (*opzettelijke fout*) ou s'il suppose, en outre, l'intention de causer un dommage à son cocontractant (*bedrieglijke fout*)⁸⁶.

C'est la première interprétation qui est, en général, préférée par la doctrine⁸⁷. Cette interprétation extensive, qui achève de gommer les spécificités du dommage contractuel, laisse néanmoins place à des difficultés notamment lorsqu'il convient d'apprécier le caractère dolosif d'un retard de paiement d'une somme d'argent qui, comme le prévoit l'article 1153, alinéa 4, du Code civil, permet au créancier de demander la réparation de l'intégralité de ce dommage. Sauf lorsque le retard résulte d'un oubli ou d'une négligence, il sera toujours conscient. Faut-il en déduire que le manquement est dans ce cas intentionnel car délibéré ?

Répondre par l'affirmative à cette question paraît exagéré.

Aussi, P. Van Ommeslaghe suggère-t-il, à juste titre, une définition qui sans aller jusqu'à la *bedrieglijke fout*, se montre plus restrictive. Serait dolosive « [...] la faute résultant d'une violation volontaire d'une obligation, pour autant que le responsable ait eu conscience ou ait dû avoir conscience du préjudice qui devait normalement en résulter pour autrui et ait néanmoins persisté dans son comportement fautif »⁸⁸.

l'assimilation du dol à la faute lourde en France, cons. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2006, p. 718, n° 327). L'on note que, l'article 1231-3 du nouveau Code figure dans la sous-section « [l]a réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat », reléguée à la fin de la partie du Code civil relative à l'inexécution contractuelle. Le nouveau Code offre néanmoins expressément la préférence à l'exécution en nature : « [l]e créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier » (art. 1221 C. civ.).

86. Pour la distinction, voy. A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, Brugge, Die Keure, 2013, pp. 62-63. Voy. aussi pp. 248 et s., n°s 232 et s. pour ce qui est des clauses exonératoires de responsabilité pour faute intentionnelle.

87. Voy. en ce sens not. J. DABIN, « De la validité des clauses d'exonération de responsabilité en matière contractuelle », note sous Cass., 25 septembre 1959, *R.C.J.B.*, 1960, pp. 17-18 ; L. CORNELIS, « La faute lourde et la faute intentionnelle », *J.T.*, 1981, p. 515 ; P. VAN OMMEFLAGHE, *Traité de droit civil belge – Les obligations*, vol. 2, *op. cit.*, n° 838, p. 1233.

88. *Ibid.* n° 838, p. 1233.

D'excellents auteurs se prononcent toutefois pour une conception plus restrictive encore⁸⁹, opinion partagée par le procureur général Hoyoit de Termicourt dans sa mercuriale du 15 septembre 1957⁹⁰.

Un arrêt de la Cour de cassation du 11 mars 2014⁹¹ paraît incliner vers cette opinion à propos de la notion de dol au sens de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. Cet arrêt considère que le dol « [...] requiert l'existence dans le chef de l'auteur du dommage non seulement de la volonté de causer le fait dommageable mais aussi de la volonté de causer les effets dommageables de ce fait ». En revanche, ajoute-t-il, « [l]a faute lourde au sens du même article ne requiert pas que l'auteur du dommage ait voulu causer le fait dommageable et les effets dommageables de ce fait ».

Cet arrêt se démarque ainsi quant la notion de dol au sens de l'article 8 de la loi du 25 février 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (article 62 de la loi du 4 avril 2014) qui sous un titre « [d]ol et faute » énonçait, que « [n]onobstant toute convention contraire, l'assureur ne peut être tenu de fournir sa garantie à l'égard de quiconque a causé intentionnellement le sinistre ». Par un arrêt du 5 décembre 2000⁹², la Cour de cassation avait, en effet, décidé à cet égard qu'« [...] au sens de cette disposition, un sinistre a été causé intentionnellement lorsque l'assuré a volontairement et sciemment eu un comportement qui a causé à autrui un dommage prévisible [...] il n'est pas requis que l'assuré ait eu l'intention de causer le dommage tel qu'il s'est produit »⁹³.

On relèvera cependant que l'article 8 de la loi de 1992 se bornait à viser une faute intentionnelle et qu'il doit s'entendre dans la logique du caractère aléatoire du contrat d'assurance. En provoquant volontairement le sinistre, l'assuré porte atteinte à ce caractère essentiel du contrat d'assurance.

Il nous paraît dès lors que l'arrêt du 5 décembre 2000 ne peut voir sa portée étendue à d'autres domaines.

Pareille objection ne s'adresse, en revanche, pas à l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 qui trace les limites de l'exonération de responsabilité dont bénéficie le travailleur tant sur le plan contractuel que sur le plan quasi-délictuel.

89. J. VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif*, Paris, Sirey, 1933, n°s 131 à 134.

90. R. HYOIT DE TERMICOURT, « Dol et faute lourde en matière d'inexécution de contrat », *Mercuriale* prononcée à l'audience de rentrée de la Cour de cassation du 15 septembre 1957, *J.T.*, 1957, p. 605.

91. *Pas.*, 2014, n° 193.

92. *Pas.*, 2000, n° 670.

93. Cass., 5 décembre 2000, *Pas.*, 2000, n° 670.

Dans cette perspective, le dol dans l'exécution du contrat s'identifierait à la *bedrieglijke fout*. Il ne constituerait qu'une simple application du principe général du droit *Fraus omnia corrumpit*.

III. Les dommages intérêts complémentaires en cas de résolution pour inexécution fautive

41. L'article 1184 du Code civil offre la possibilité au débiteur d'une inexécution contractuelle soit de poursuivre l'exécution forcée de la convention, soit d'en demander la résolution avec dommages et intérêts, dans le respect d'un critère de proportionnalité. On ne concevrait pas en effet qu'un manquement léger permette au créancier d'envisager la résolution d'un contrat que le débiteur a pour le reste fidèlement exécuté.

On observe que, concernant la « consistance » de la réparation du dommage après résolution du contrat, certains auteurs effectuent une distinction entre l'intérêt positif et l'intérêt négatif. La première notion couvrirait « [...] la situation dans laquelle la victime de la faute se serait trouvée si le contrat avait été valablement conclu et exécuté [...] »⁹⁴, alors que la seconde viserait « [...] la situation dans laquelle cette même personne se serait trouvée si le contrat n'avait pas été conclu du tout »⁹⁵.

42. J. Baeck paraît ainsi considérer que si le créancier opte pour la résolution, il devrait, en principe, être replacé dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat n'avait pas été conclu⁹⁶. Il n'y aurait lieu qu'à la réparation de l'intérêt négatif, comme c'est le cas en droit suisse⁹⁷.

Cette solution ne saurait être admise en droit positif belge, comme l'a brillamment montré R. Jafferali⁹⁸.

L'article 1184, alinéa 2, du Code civil est clair lorsqu'il donne la possibilité au créancier d'obtenir des dommages et intérêts, en sus de la remise en pristin état découlant de la résolution. Or, conformément aux principes applicables en droit belge, la réparation doit être intégrale et les dommages et intérêts doivent s'évaluer conformément à l'article 1149 du Code civil, de telle sorte que tant la perte faite que le gain manqué doivent être indemnisés, sous réserve, comme déjà dit, des articles 1150 et 1151 du Code civil. C'est sur la base de ces deux dispositions (1149 et 1184 du Code civil) que la Cour de cassation considère que « [l]es dommages et intérêts accordés en raison

94. R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 875 et s., n° 381 et s.

95. *Ibid.*

96. J. BAECK, *Restitutie na vernietiging of ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, n° 462.

97. Voy. sur ce point R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., n° 387 et réf. citées.

98. *Ibid.*

d'une inexécution contractuelle en cas de résolution fondée sur l'article précité, ont pour but de placer le créancier dans la situation dans laquelle il se trouverait si le débiteur avait exécuté son obligation. Ce dommage est apprécié par le juge du fond »⁹⁹.

Supposons qu'une convention de cession d'actions soit résolue, pour inexécution fautive et grave de l'acheteur qui refuse de s'acquitter des trois-quarts du prix. Si elle est résolue, au terme des restitutions, l'acheteur récupère la partie du prix dont il s'était déjà acquitté ; le vendeur retrouve sa société. Sa valeur a cependant pu se réduire. Le créancier de l'inexécution est donc en droit de demander des dommages et intérêts à concurrence de cette perte. Il est en effet en droit d'être replacé dans la situation où il se serait retrouvé si le contrat avait été exécuté. Or dans ce cas il n'aurait pas subi de perte. Le « vendeur » peut par ailleurs solliciter indemnisation du dommage qu'il subit du fait d'une nouvelle mise en vente de sa société, avec tous les frais préparatifs (notamment de *due diligence*) qu'une telle opération implique.

Il y va tout simplement du respect de la réparation intégrale du dommage.

§4. Les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité

43. Qu'elle soit contractuelle ou même extracontractuelle, la responsabilité civile ne relève pas – en principe – de l'ordre public.

Rien n'empêche dès lors, entre parties, de s'exonérer de celle-ci ou d'en réduire les conséquences.

L'on sait à cet égard que deux limites sont apportées à ces clauses en droit commun.

On ne peut s'exonérer de son dol. On ne peut pas davantage vider le contrat de son contenu¹⁰⁰.

44. Si l'on retient du dol la définition que la Cour de cassation en a donnée dans son arrêt du 11 mars 2014, et donc si on l'identifie à la fraude, le fondement de la règle est évident. Il serait contraire à l'ordre public de s'exonérer de sa fraude comme il serait contraire à l'ordre public de s'exonérer à l'avance des conséquences civiles d'infractions pénales qui n'auraient pas encore été commises.

99. Cass., 13 octobre 2011, *Pas.*, 2011, n° 544.

100. On sait, en revanche, que rien n'empêche en droit commun de s'exonérer de sa faute lourde, cons. sur ce point : P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge – Les obligations*, t. II, vol. 2, *op. cit.*, p. 1713, n° 1161.

L'autre limite voit son fondement discuté, comme est discuté le fondement de l'interdiction de son dol lorsque celui-ci est vu comme une simple faute intentionnelle (*opzettelijke fout*).

On y voit tantôt une clause qui heurte l'ordre public¹⁰¹, mais pourquoi ?

On y voit tantôt l'expression de la nullité qui frappe les obligations purement potestatives dont l'article 1174 du Code civil constitue une application¹⁰². Mais, dans ce cas, c'est l'obligation ou le contrat qui devrait être frappé de nullité et non la clause exonératoire.

P. Van Ommeslaghe y voit quant à lui une application du principe de bonne foi¹⁰³.

On peut se demander, en réalité, s'il ne convient pas de combiner les deux derniers fondements. Il serait contraire à la bonne foi d'amener une partie à conclure et à entamer l'exécution d'un contrat dans lequel on ne s'engage qu'en apparence par une clause limitative de responsabilité en détruisant l'objet alors pourtant parfaitement déterminé et déterminable. C'est un abus de droit qui ferait obstacle à la nullité totale et qui conduirait ainsi le juge en cas de litige à écarter la seule clause.

Le débat relatif au fondement de la nullité des clauses exonératoires de responsabilité est toutefois largement académique : les sanctions sont constantes. On ajoutera que la question ne se posera pas, dans les contrats passés entre les entreprises et les consommateurs, le Code de droit économique censurant comme abusives les clauses par lesquelles l'entreprise entendrait se libérer de son dol ou, sauf force majeure, du fait de toute inexécution d'une obligation consistant en une des prestations principales du contrat (voy. art. VI.83., 13° du Code de droit économique).

45. Rappelons, enfin, que les clauses exonératoires de responsabilité dans la garantie des vices cachés du vendeur professionnel, fabricant ou vendeur spécialisé¹⁰⁴, continuent à faire débat.

101. Voy. not. L. CORNELIS, « Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation », note sous Cass., 22 mars 1979, *R.C.J.B.*, 1981, p. 206, n° 12 ; E. DIRIX, « Exoneratiebedingen », *T.P.R.*, 1988, p. 1187, n° 18 ; B. DUBUISSON, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Brugge, Die Keure, 2001, p. 57, n° 39 ; A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht*, *op. cit.*, p. 251, n° 235.

102. Voy. not. R. HAYOT DE TERMICOURT, « Dol et faute lourde en matière d'inexécution de contrat », *op. cit.*, p. 605.

103. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge – Les obligations*, t. II, vol. 2, *op. cit.*, p. 1712.

104. Sur l'utilisation de ce dernier terme, voy. Cass., 19 septembre 1997, *Pas.*, 1997, n° 362.

Suivant une solution répandue ces clauses seraient frappées de nullité par application de l'article 1643 du Code civil, le vendeur professionnel étant présumé de mauvaise foi sauf preuve de son ignorance invincible du vice.

À notre sens, cette jurisprudence est contestable. Rien ne justifie, en effet, la reconnaissance d'une présomption de connaissance du vice par le vendeur professionnel.

Certes, il est assimilé à un vendeur qui connaît le vice au sens des articles 1645 et 1646 du Code civil¹⁰⁵. Mais l'un des soussignés a écrit ailleurs que cette assimilation résultait de la règle traditionnelle *Spondet peritiam artis*¹⁰⁶, imposant au professionnel parallèlement à sa garantie des vices une obligation de résultat particulière de s'assurer que les choses qu'il vend ne sont pas affectées de vices cachés¹⁰⁷.

Rien ne justifie que cette obligation soit impérative ou d'ordre public alors que le vendeur professionnel peut parfaitement limiter ses autres obligations.

Par conséquent, dès lors que les consommateurs sont expressément protégés par des textes particuliers qui condamnent les dérogations à la garantie des vices du vendeur professionnel (VI.82, 14°, du Code de droit économique), rien n'empêche à notre sens de reconnaître la validité des clauses limitatives de la garantie des vices entre vendeurs professionnels¹⁰⁸.

Une partie de la jurisprudence des juges de fond s'oriente en tout cas dans cette voie¹⁰⁹.

105. Cons. réc. L. SIMONT et P. A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1992-2010). Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 2014, n° 68, p. 737 et s. et réf.

106. La Cour de cassation paraît s'être basée sur cette règle, dans son arrêt fondateur du 4 mai 1939 (*Pas.*, 1939, I, p. 223) en décidant « [...] que le fabricant ou le marchand, qui livre à un acheteur un produit de son industrie ou de son commerce, est tenu de s'assurer préalablement que la chose qu'il vend n'est pas affectée de défauts cachés ». La référence à Pothier figurant dans la note publiée à la *Pasicrisie* confirme le rattachement de cette jurisprudence à la tradition de l'ancien droit français.

107. P. A. FORIERS, « La responsabilité du vendeur professionnel », in *Les obligations en droit français et en droit belge, Convergences et divergences*, Bruxelles, Paris, Bruylant, Dalloz, 1994, pp. 41 et s., n°s 40 et s. ; P. A. FORIERS, « Conformité et garantie dans la vente », in *De Koop/La Vente*, Bruges, Bruxelles, Die Keure, La Charte, 2002, n°s 40 et s., pp. 41 et s. ; cons. aussi P. A. FORIERS (avec la coll. de Th. DERVAL), « Les contrats commerciaux : les principes », in *Chronique d'actualités en droit commercial*, CUP, vol. 143, Bruxelles, Bruylant, 2013, n°s 59 et s., pp. 87 et s.

108. Cons. P. A. FORIERS, « La responsabilité du vendeur professionnel », *op. cit.*, n°s 20 et 21, pp. 265-266 et P. A. FORIERS, « Conformité et garantie dans la vente », *op. cit.*, n°s 59 et s., pp. 55 et s. ; voy. aussi P. A. FORIERS (avec la coll. de Th. DERVAL), « Les contrats commerciaux : les principes », *op. cit.*, n°s 60 et s., pp. 88 et 89. Comp. dans un sens analogue, B. TILLEMANS, « Les clauses exonératoires », in *La vente. Développements récents et questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2013, n° 17, p. 174.

109. Gand, 18 juin 1997, *AJT*, 1997-98, p. 175 ; cons. C. JASSOGNE, « La mauvaise foi du professionnel », *R.G.D.C.*, 2011, pp. 111-112.

§5. Le principe *Fraus omnia corrumpit* et la réparation du dommage

46. On sait que lorsqu'un dommage est la suite à la fois de la faute d'un tiers et de celle de la victime, il y a lieu, en règle, à un partage de responsabilités.

La règle *Fraus omnia corrumpit* exclut toutefois ce partage lorsque la victime d'une faute intentionnelle constitutive de fraude n'a commis qu'une simple imprudence¹¹⁰.

D'une certaine manière donc le principe *Fraus omnia corrumpit* influence l'indemnisation du dommage.

47. Une question qui restait sans réponse évidente était celle de savoir si celui qui répond, sur la base de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil, de la fraude de son préposé peut se voir privé d'un partage de responsabilités.

La solution à cette question est intimement liée au fondement de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil. S'il s'agit d'une forme particulière de représentation comme on peut le penser à la lecture de Pothier¹¹¹ ou s'il s'agit d'un mécanisme de garantie comme certains passages des travaux préparatoires du Code civil le laissent à penser¹¹², la réponse est positive. Si, en revanche, l'article 1384, alinéa 3, du Code civil repose sur une présomption irréfragable de faute du commettant dans le choix ou la surveillance du préposé comme d'autres passages des travaux préparatoires du Code civil semblent l'indiquer¹¹³, la réponse devrait être négative. En effet, cette présomption ne peut viser qu'une simple négligence.

Par un arrêt du 30 septembre 2015¹¹⁴, la Cour de cassation a tranché la question. Le commettant répond des dommages-intérêts dus par son préposé.

Cet arrêt énonce :

« Lorsqu'un dommage a été cause par les fautes concurrentes de la victime et du prévenu, celui-ci ne peut, en règle, être condamné envers

110. Cass., 6 novembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 584 et les conclusions du président SPREUTELS, alors avocat général, Cass., 9 octobre 2007, *Pas.*, 2007, p. 460 ; sur les limites du principe, Cass., 16 mai 2011, *Pas.*, 2011, n° 319.

111. POTHIER, *Traité des obligations, nouvelle édition*, t. I, Bruxelles, Langlet et Cie Librairies, pp. 320 et s.

112. Voy. la présentation au corps législatif et exposé des motifs, par M. TREILHARD, séance du 9 pluviôse an XII (30 janvier 1804), in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* (P.-A. FENET), t. XIII, Paris, 1827, p. 468, selon lequel la responsabilité pour autrui est « [...] souvent la seule garantie de la réparation des dommages ».

113. Rapport fait au Tribunat, par B. DE GREUILLE, séance du 16 pluviôse an XII (6 février 1804), in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, p. 476 : « [n]’a-t-il pas à se reprocher d’avoir donné sa confiance à des hommes méchants, maladroits ou imprudens ? Et serait-il juste que des tiers demeurent victimes de cette confiance inconsidérée, qui est la cause première, la véritable source du dommage qu’ils éprouvent ? ».

114. Cass., 30 septembre 2015, P. 14.0474.F, disponible sur www.juridat.be.

la victime à la réparation entière du dommage. Le principe général du droit *fraus omnia corrumpit*, qui prohibe toute tromperie ou déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain, exclut toutefois que l'auteur d'une infraction intentionnelle engageant sa responsabilité civile puisse prétendre à une réduction des réparations dues à la victime de cette infraction en raison des imprudences ou des négligences que celle-ci aurait commises.

L'article 1384, alinéa 3, du Code civil prévoit une présomption irréfragable de responsabilité à charge du commettant pour le dommage causé par la faute du préposé dans les fonctions auxquelles il l'a employé.

Le commettant de l'auteur d'une infraction intentionnelle ne peut dès lors pas davantage prétendre à une réduction desdites réparations ».

On peut donc en conclure que l'article 1384, alinéa 3, du Code civil se fonde sur une idée de garantie¹¹⁵. Comme on l'a dit, en effet, cette solution se marie mal avec une présomption de faute du commettant. On se souviendra par ailleurs que par un arrêt du 21 mars 2013¹¹⁶, la Cour de cassation a implicitement mais certainement exclu que cette disposition repose sur un mécanisme de représentation – autre fondement de nature à justifier la solution –. Cet arrêt confirme en effet que la connaissance de la victime de l'abus de fonctions du préposé (donc de son excès de pouvoir) n'exonère pas le commettant mais conduit seulement en principe à un partage de responsabilité¹¹⁷.

Or, d'une part, le représenté ne peut être tenu si le représentant excède ses pouvoirs et, d'autre part, toute représentation apparente est exclue si le tiers concerné connaissait l'excès de pouvoir.

115. On note que, un peu plus tôt dans l'année, soit par arrêt du 4 mars 2015, en ce qui concerne la responsabilité des père et mère pour le fait fautif et dommageable de leur enfant, la Cour de cassation (2^e chambre également) jugea que « [l]a disposition invoquée par le moyen ne consacre pas le principe d'une responsabilité objective des parents. La présomption de responsabilité qu'elle institue est, au contraire, basée sur une faute personnelle. La présomption peut donc, au vœu de la loi, être renversée par la preuve contraire. L'exonération de la responsabilité parentale n'est pas subordonnée, dès lors, à la démonstration que le fait dommageable a pour origine une cause extérieure, totalement étrangère à l'influence dont les parents disposent par l'exercice de leurs devoirs de surveillance et d'éducation », *J.T.*, 2015, pp. 575-576, note E. MONTERO. Cette conclusion semble adéquate, vu la possibilité laissée par l'article 1384, alinéa 5, selon lequel « [l]a responsabilité [...] a lieu à moins que les père et mère, instituteurs et artisans, ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à responsabilité », qui ne bénéficie par contre pas aux commettants.

116. Cass., 21 mars 2013, *Pas.*, 2013, n° 202 et les conclusions de M. l'avocat général Th. WERQUIN ; comp. dans un sens analogue Cass., 10 juin 1994, *Pas.*, 1994, n° 297. Voy. en revanche Cass., 4 novembre 1993, *Pas.*, 1993, n° 446 : « [l]e régime de responsabilité de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil n'a pas été instauré en faveur de celui qui a traité avec le préposé alors qu'il savait ou devrait savoir que celui-ci agissait en-dehors de sa fonction et pour son compte personnel » (p. 926).

117. Sous réserve peut-être de la fraude de la victime.

§6. Les intérêts

48. Le domaine des intérêts fait l'objet d'une jurisprudence assez abondante de la Cour de cassation, qui est le reflet des confusions souvent opérées en pratique dans les écrits de procédure.

Il n'est donc pas inutile de rappeler brièvement les règles régissant la matière.

49. Les intérêts peuvent être « rémunérateurs » lorsqu'ils rémunèrent, par exemple, un prêt à intérêt, et donc un service financier offert par le prêteur¹¹⁸. Ils peuvent aussi être « moratoires » ou « compensatoires ». La notion d'intérêts « judiciaires » est quant à elle ambiguë, puisqu'elle peut viser tant les intérêts moratoires que compensatoires¹¹⁹, et, à vrai dire, sans portée technique¹²⁰, si ce n'est pour apprécier la valeur de la demande (article 557 du Code judiciaire). Leur seule particularité est qu'ils sont octroyés par le juge (au plus tôt) à partir de l'acte introductif d'instance jusqu'au paiement de la somme principale¹²¹.

50. Les intérêts moratoires visés à l'article 1153 du Code civil réparent, de manière en principe forfaitaire, le retard de paiement d'une dette de somme – par opposition à une dette de valeur –. Ils courent, en règle, à compter de la mise en demeure et au taux légal – ou plus exactement à l'un des taux légaux connus de notre droit positif¹²² –. Les parties sont néanmoins libres d'en fixer conventionnellement le montant, sous réserve, d'une part, de l'article 1153, alinéa 5, du Code civil, prévoyant un mode particulier de réduction de ce type de clause pénale et, d'autre part, des dispositions légales particulières qui seraient applicables à telle ou telle matière (par exemple, l'article 1907 du Code civil en matière de prêt à intérêt).

Une fois les dommages-intérêts liquidés par une décision judiciaire qui condamne à leur paiement, la créance de réparation, qui correspondait à une dette de valeur, se transforme en dette de somme. La Cour de cassation a rappelé ainsi que des intérêts moratoires sont dus au taux légal sur des dommages-intérêts fixés par décision judiciaire à partir du jour de la décision judiciaire jusqu'à leur paiement¹²³.

118. C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil ?*, coll. Scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1998, n° 3, p. 9.

119. Cass., 13 avril 2015, S.2014.23.N., disponible sur Juridat.

120. C. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil ?*, op. cit., n° 8, p. 29.

121. *Ibid.*

122. On sait, par exemple, que la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales comporte diverses dérogations à l'article 1153 du Code civil et prévoit des taux d'intérêt particuliers.

123. Cass., 22 juin 2010, *Pas.*, 2010, n° 447.

Lorsque le retard de paiement est partiellement dû à la faute du créancier, « [l]es intérêts moratoires qui indemnisent forfaitairement le retard de paiement ne peuvent pas être intégralement mis à charge du débiteur »¹²⁴. Il ne s'agit là que d'une forme de partage de responsabilités.

Enfin, les intérêts moratoires sont soumis à la prescription de l'article 2277, alinéas 4 et 5, du Code civil, et ce, indépendamment du fait qu'ils soient dus en vertu d'un contrat ou d'une décision judiciaire. Cette disposition légale tend en effet à protéger le débiteur contre un accroissement continu de sa dette et inciter le créancier à la diligence¹²⁵.

51. Les intérêts compensatoires font partie intégrante des dommages-intérêts en réparation du dommage causé par un acte illicite. Ils réparent le préjudice complémentaire résultant du paiement différé de l'indemnité, à laquelle le préjudicié a droit depuis la date du dommage¹²⁶, sachant que ce préjudice pourrait être indemnisé d'une autre manière.

S'agissant d'une forme de dommages-intérêts ordinaires, le juge fixe souverainement leur taux et leur point de départ¹²⁷, celui-ci ne pouvant toutefois remonter avant la survenance de leur dommage¹²⁸ ni courir au-delà de la date de la décision judiciaire qui fixe les dommages-intérêts¹²⁹.

À défaut de conclusions l'y invitant, le juge, souligne un arrêt de la Cour de cassation du 10 mai 2012, « [...] n'est pas tenu de fixer expressément le taux de l'intérêt compensatoire. S'il ne s'exprime pas sur ce point c'est l'intérêt légal qui sera dû »¹³⁰.

Il faut relever enfin que, si l'article 1154 du Code civil relatif à l'anatocisme¹³¹ ne s'applique ni en matière quasi-délictuelle¹³² ni, de manière plus générale aux intérêts compensatoires¹³³, rien n'empêche le juge, en cas de

124. Cass., 30 octobre 2013, *Pas.*, 2013, n° 495 ; voy. aussi Cass., 17 octobre 2002, *Pas.*, 2002, n° 549.

125. Cass., 31 mai 2012, *Pas.*, 2012, n° 347.

126. Cass., 22 juin 2010, *Pas.*, 2010, n° 447 ; Cass., 22 octobre 2003, *Pas.*, 2003, n° 517.

127. Cons. P. VAN OMMESSLAGHE, *Traité de droit civil belge – Les obligations*, op. cit., vol. 1, n° 1149 et réf.

128. Cass., 20 décembre 2006, *Pas.*, 2006, n° 670.

129. Cass., 22 juin 2010, *Pas.*, 2010, n° 447.

130. Cass., 10 mai 2012, *Pas.*, 2012, n° 292.

131. Sur la portée de cette disposition, voy. Cass., 26 septembre 2014, *Pas.*, 2014, n° 557 : « L'article 1154 du Code civil dispose que les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts ou par une sommation judiciaire ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la sommation, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière. La condition suivant laquelle la sommation ou la convention doit concerner des intérêts dus pour au moins une année entière signifie que les intérêts ont dû courir pendant une année entière ; elle n'implique pas que les intérêts échus au cours de l'année qui précède la convention ou la sommation judiciaire ne peuvent être capitalisés ».

132. Cass., 27 octobre 1988, *Pas.*, 1989, n° 118.

133. Cass., 22 juin 2010, *Pas.*, 2010, n° 447.

dettes de valeur, d'accorder des intérêts sur les intérêts compensatoires en-dehors de l'article 1154 du Code civil, à la condition toutefois qu'il estime « [...] que la réparation totale du dommage le justifie »¹³⁴. Rien ne s'y oppose en effet, puisque le montant de l'indemnisation du retard dans la réparation du dommage est laissé à l'appréciation souveraine du juge du fond¹³⁵. Le juge ne pouvant accorder des dommages-intérêts excédant le préjudice subi, il devra en revanche rejeter la demande de « capitalisation » des intérêts compensatoires s'il estime que celle-ci est inutile pour assurer l'indemnisation intégrale de la victime.

52. L'application de la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales donne lieu à certains errements touchant notamment son champ d'application.

Cette loi, on le sait, s'applique « [...] aux paiements effectués en rémunération de transactions commerciales » (article 3, alinéa 3, de la loi) donc au prix d'une fourniture de services ou de biens (article 2.1. de la loi). Elle ne s'applique pas à la prestation de services elle-même, même lorsque celle-ci prend la forme d'une prestation pécuniaire. Elle ne s'applique pas davantage à une dette de dommages-intérêts.

La Cour constitutionnelle a eu, à cet égard, l'occasion de trancher la question de savoir si interprétée en ce sens qu'elle ne s'applique pas aux indemnités d'assurance alors qu'elle s'applique aux primes, la loi du 2 août 2002 ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

La Cour constitutionnelle était ainsi en quelque sorte invitée à se prononcer sur la question de savoir si la directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 n'était pas elle-même génératrice d'une discrimination.

Une réponse négative paraissait évidente.

En effet, d'une part, la distinction opérée par la loi, comme par la directive, est objective. Elle ne vise que les sommes dues en rémunération d'une prestation de services ou d'une livraison de biens par opposition aux sommes dues à un autre titre. D'autre part, cette distinction est justifiée. C'est en effet en raison des problèmes causés spécifiquement par les retards de paiement de ce type de créance que le législateur européen est intervenu¹³⁶.

134. Cass., 22 décembre 2006, *Pas.*, 2006, n° 670 ; un arrêt de la Cour de cassation du 30 avril 2012, *Pas.*, 2012, n° 266 énonce de manière générale : « [il] ne se déduit pas de l'article 1154 du Code civil qui précise les conditions de la capitalisation des intérêts dans les matières où il s'applique, que cette capitalisation serait exclue en-dehors de son champ d'application. Le moyen, qui soutient que la capitalisation des intérêts est exclue en matière d'obligations nées d'un délit ou d'un quasi-délit, manque en droit ».

135. *Ibid.*

136. Voy. Directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales (refonte), *J.O.U.E.*, L.48 du 23 février 2011, cons. n° 16.

On soulignera enfin que la nature de la créance de primes d'assurance est différente de celle de la créance d'indemnité. La première constitue une dette de sommes parfaitement liquide, la seconde une dette de valeur dont la fixation requiert un certain temps.

Par arrêt du 3 décembre 2015¹³⁷, la Cour constitutionnelle a suivi cette analyse en disant pour droit que : « [l']article 2.1 de la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution ».

Constatant que la loi, à l'instar de la directive 2000/35/CE, fait « [...] une différence de traitement en deux catégories de créanciers », la Cour constitutionnelle soulignait que « [c]ette différence de traitement repose sur un critère objectif, à savoir la nature différente des deux catégories de transactions. Les créances visées par la loi en cause constituent des créances de sommes dont le montant est déterminé à l'origine de la transaction. En revanche, les créances telles que les indemnités dues par une compagnie d'assurance sont des créances de valeur destinées à couvrir un dommage résultant d'une faute ou d'un autre fait générateur de responsabilité. Contrairement aux dettes de somme dont le montant est liquide puisqu'il correspond à une facture, le montant des créances d'indemnités, telles que celles dues par une compagnie d'assurance, ne devient liquide qu'au moment où une décision judiciaire ou un accord intervient pour fixer ce montant » (B.6.1.).

Poursuivant son analyse, elle énonçait que « [...] le législateur a transposé en droit interne les principes de la directive européenne précitée. Ainsi, il s'agissait de lutter contre les effets négatifs de retards de paiement, alors que les marchandises avaient été livrées ou les services rendus, tant sur les liquidités des entreprises commerciales que sur la compétitivité de celles-ci » (B.6.2.).

Elle rappelait l'exposé introductif du ministre de la Justice à la commission de la Chambre chargée des problèmes de droit commercial et économique qui excluait clairement les créances d'indemnisation et concluait que : « [s]i les créanciers d'une indemnité d'assurance ne bénéficient pas du taux particulier dont bénéficient les créanciers couverts par la loi du 2 août 2002, les créances d'indemnités telles celles dues par les compagnies d'assurance sont soumises au droit commun qui règle lui aussi le taux applicable en cas de paiements tardifs.

La différence de traitement n'est pas sans justification raisonnable ».

*
* *
*

137. C. const., 3 décembre 2015, n° 173/2015.

Conclusions

53. Il est difficile de conclure vu la variété des sujets évoqués.

Un point est frappant.

Plus de deux cents dix ans après l'adoption du Code civil, nombre de questions continuent à faire débat en matière de réparation du dommage.

On ne saurait s'en étonner. Comme le rappelait Bernard Dubuisson le 3 mars dernier dans sa leçon inaugurale de la Chaire Francqui qu'il partage à l'Université Saint-Louis avec Sophie Stijns, le droit de la responsabilité civile extracontractuelle s'est édifié sur la base de cinq articles du Code civil¹³⁸. Il est essentiellement jurisprudentiel. Il s'agit, soulignait Bernard Dubuisson, d'une sorte de *common law*. La responsabilité contractuelle n'est pas en reste. Les articles 1146 à 1151 du Code civil ne sont guère plus nombreux et d'aucuns discutent même du principe de l'existence d'une responsabilité contractuelle au sens propre du terme.

Dans cette mer d'incertitude, il est normal que les juges hésitent et cette hésitation va jusqu'à marquer la jurisprudence de la Cour de cassation.

Lorsque la technique juridique aboutit au constat que plusieurs solutions raisonnables sont possibles, il convient en effet de faire un choix fondé sur un jugement de valeurs. Ce choix qui peut être délicat pour le législateur, l'est davantage encore pour le juge et plus spécialement le juge suprême, lequel ne tranche une question qu'à l'occasion d'un cas particulier mais dont on attend qu'il fixe des lignes directrices générales, qu'il « dise le droit ». Or il est difficile de s'abstraire de l'espèce à trancher pour élaborer une règle générale à la fois efficace et équitable.

On comprend dès lors les hésitations et les incertitudes. La réforme en projet du Code civil sera sans doute de nature à les réduire. Mais il ne faut pas s'y tromper... La loi la plus parfaite ne parviendra pas à résoudre toutes les difficultés et à faire face aux défis de l'évolution accélérée du monde dans lequel nous vivons.

138. Auxquels s'est ajouté sur le tard l'article 1386bis.